

De Wet 'Excessief lenen bij eigen vennootschap': De verhouding tussen het huidige stelsel en het wetsvoorstel

Een onderzoek naar de vraag hoe het wetsvoorstel 'Excessief lenen bij de eigen vennootschap' zich tot de huidige behandeling van leningen in de relatie DGA-vennootschap verhoudt en of het zijn doel niet voorbijsticht.

Naam: H.A.M. Korkmaz
Studentnummer: 2027904
Datum: 4-11-2021
Studierichting: Master Fiscaal Recht
Faculteit: Tilburg Law School
Begeleidster: Mr. S. Chaghouani L.L.M
Examencommissie: Prof. Dr. P.H.J. Essers en Mr. S. Chaghouani L.L.M

VOORWOORD

Ter afronding van mijn master Fiscaal Recht aan de Universiteit van Tilburg ligt voor u mijn masterthesis. Deze thesis is primair geschreven voor studenten en onderzoekers in de fiscale studierichtingen. De thesis beoogt een toegankelijke analyse van het wetsvoorstel 'Excessief lenen bij eigen vennootschap' te verschaffen.

Ik ben begonnen met deze thesis na een zware operatie. Het schrijfproces was door gezondheidsproblemen en privéomstandigheden zowel mentaal als lichamelijk uitdagend en vergde meer inspanning dan ik had verwacht. Ik wil dan ook mijn familie en vrienden bedanken voor hun steun en vertrouwen. In het bijzonder wil ik mijn echtgenote bedanken. Voor haar onvoorwaardelijke steun en kracht, voor al haar goede zorgen tijdens en na de bevalling van ons prachtige zoontje. Tot slot excuseer ik mij voor alle gelegenheden die ik van jullie moest afnemen om aan dit onderzoek te werken. Dit onderzoek draag ik dan ook op aan mijn liefste gezinnetje!

Daarnaast wil ik mevrouw S. Chaghouani bedanken voor haar kritische feedback en fijne samenwerking.

Ik wens allen die de moeite nemen om deze masterthesis te lezen veel leesplezier.

H.A.M. Korkmaz

SAMENVATTING

Het Nederlandse belastingstelsel is dusdanig ingericht dat bedrijven zo min mogelijk worden belemmerd om te ondernemen. De belastingheffing langdurig te kunnen uit- en eventueel afstellen is volgens de wetgever een onbedoeld effect hiervan. Dit geschiedt door liquide middelen als lening aan de eigen vennootschap te onttrekken in plaats van als winst uit te delen of als loon te genieten.¹ De wetgever heeft zodoende aangekondigd om het wetsvoorstel 'Excessief lenen bij de eigen vennootschap' (hierna: wetsvoorstel) per 1 januari 2023 in te voeren.

Het (concept)Wetsvoorstel kreeg de nodige kritiek. Het wetsvoorstel zou namelijk op meerdere vlakken een overkill bevatten. Het doel van dit pilotonderzoek is om te achterhalen of deze constatering juist is. Hiervoor is de volgende onderzoeksvraag opgesteld:

Hoe verhoudt het wetsvoorstel 'Excessief lenen bij eigen vennootschap' zich tot de huidige behandeling van leningen in de relatie DGA-vennootschap, welke knelpunten bevat de voorgestelde wet en wat zijn de mogelijke oplossingen (alternatieven) voor deze knelpunten?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden zijn er deelvragen opgesteld en is er een rechtswetenschappelijk onderzoek uitgevoerd bestaande uit een literatuur- en jurisprudentieonderzoek.

Gekozen is voor een robuuste vormgeving, maar het wetsvoorstel lijkt hiermee zijn doel in enkele situaties voorbij te schieten, echter is het op meerdere vlakken wel weer in lijn met het huidige stelsel. Daarnaast voldoet het niet aan het verlichten van de uitvoeringslasten. Dat komt door de verhouding tussen het huidige stelsel en het Wetsvoorstel; het eerste blijft namelijk tot en met een bedrag van €500.000 onverkort van toepassing.

Aantal ab-huishoudens (ab-hh) met een schuld, niet zijnde eigenwoningschuld						
In aanmerking te nemen schuld per huishouden (exclusief eigenwoningschuld)	Ab-hh	% van ab-hh	% ab-hh met een schuld	Leensom totaal	Gemiddelde schuld per ab-hh	
Boven de 500K	11.000	3,10%	13,10%	17.500.000.000	70,00%	1.590.909
Onder de 500K	73.000	20,56%	86,90%	7.500.000.000	30,00%	102.740
Geen schuld	271.000	76,34%				
	355.000	100,00%	100,00%	25.000.000.000	100,00%	

Deze tabel laat zien dat 11.000 AB-houders een gemiddelde schuld hebben van €1.590.909, waarvan een deel volgens het huidige stelsel een winstuitdeling is.² Op dezelfde lening kan zowel de huidige als de nieuwe maatregel van

toepassing zijn, maar dat is uitermate complex.

Het wetsvoorstel streeft zijn doel niet voorbij, maar volgens het huidige stelsel kan er beter maatwerk worden geleverd. De Belastingdienst kan adequaat optreden tegen consumptieve leningen, mits zij op tijd de wet uitvoert en over voldoende controlecapaciteit beschikt. De wet dient wel gewijzigd te worden als de belastingplichtige een beroep doet op de verstreken navorderingstermijn, waardoor er geen belastingheffing kan plaatsvinden. Om de knelpunten in het Wetsvoorstel op te lossen is er gezocht naar een alternatief, de Australische methode. Aan dit stelsel zitten wat haken en ogen aan. Daarom is er voor de bestaande schulden een overgangsmaatregel getroffen, zodat er geen belastingafstel kan plaatsvinden.

¹ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.2

² SRA Bureau Vaktechniek Fiscaal 2019, p.1

LIJST VAN AFKORTINGEN

AB	Aanmerkelijk belang
AB-houder(s)	Aanmerkelijkbelanghouder(s)
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
EWS	Eigenwoningschulden
Fte	Fulltime-equivalent
MvT	Memorie van Toelichting
HR	Hoge Raad
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
P.	Pagina
RC	Rekening-courant
RC-maatregel	Rekening-courantmaatregel
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wetsvoorstel	Wetsvoorstel 'Excessief lenen bij eigen vennootschap'

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	2
SAMENVATTING.....	3
LIJST VAN AFKORTINGEN.....	4
INHOUDSOPGAVE.....	5
HOOFDSTUK 1: INLEIDING	7
1.1 Aanleiding	7
1.2 Probleemanalyse	7
1.3 Probleemstelling.....	8
1.4 Onderzoeksdoel	9
1.5 Het theoretische kader	9
1.6 Methodologie en verantwoording van de opzet.....	10
1.7 Afbakening	10
HOOFDSTUK 2: DE HUIDIGE BEHANDELING VAN LENINGEN	11
2.1 Inleiding.....	11
2.2 Positie van de DGA	11
2.3 Civielrechtelijk kwalificatie van leningen	11
2.3.1 Leningen	12
2.3.2 Rekening-courant in het civiele recht	12
2.4 Fiscale kwalificatie van leningen	13
2.4.1 De schijnlening	14
2.4.2 De bodemlozeputlening	16
2.5 De zakelijkheid van de lening.....	17
2.6 Winsten oppotten.....	19
2.7 Conclusie	20
HOOFDSTUK 3: WET ‘EXCESSIEF LENEN BIJ EIGEN VENNOOTSCHAP’	21
3.1 Inleiding.....	21
3.2 Doel en strekking wetgeving	21
3.3 Contouren van het Wetsvoorstel	22
3.3.1 Het fictief regulier voordeel	22
3.3.2 De groep belastingplichtigen.....	23
3.3.2.1 Partner.....	23
3.3.2.2 Verbonden personen.....	24
3.3.3 De relevante schulden.....	24
3.3.4 Maximumbedrag	25
3.4 Conclusie	26
HOOFDSTUK 4: DE VERHOUDING TUSSEN HET HUIDIGE STELSEL EN HET WETSVOORSTEL.....	27
4.1 Inleiding.....	27

4.2 Nut en noodzaak	27
4.3 Verhouding tussen huidige stelsel en het Wetsvoorstel	28
4.3.1 Samenloop van bestrijdingsmiddelen	28
4.3.1.1 Verkapte winstuitdeling & het Wetsvoorstel.....	28
4.3.1.2 Onzakelijke lening en het wetsvoorstel	30
4.3.2 Huidige stelsel als bestrijdingsmiddel	30
4.3.3 Artikel 4.14a Wet IB als bestrijdingsmiddel	31
4.4 Overkill en underkill in het Wetsvoorstel	31
4.4.1 Groep belastingplichtigen	31
4.4.2 De relevante schulden en toename	33
4.4.3 Heffingssystematiek	36
4.5 Conclusie	38
HOOFDSTUK 5: ALTERNATIEVEN	39
5.1 Inleiding	39
5.2 Alternatieven	39
5.2.1 ‘Loan-to-Value’-maatregel	39
5.2.3 Kwalificatie van leningen.....	40
5.3 Conclusie	42
HOOFDSTUK 6: Conclusie en aanbeveling	43
6.1 Inleiding	43
6.2 Conclusie	43
6.2 Aanbeveling	44
Literatuurlijst	45

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

1.1 Aanleiding

De hybride positie van de Directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) blijft de aandacht van de wetgever trekken onder andere vanwege de arbitragemogelijkheden door middel van geldverstrekkingen bij de eigen vennootschap aan te gaan.³ Om deze mogelijkheid te ontmoedigen heeft de wetgever het wetsvoorstel met de rekening-courantmaatregel (hierna: RC-maatregel) aangekondigd. Het wetsvoorstel ziet tot wijziging van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) ter bestrijding van belastinguit- en afstel als gevolg van excessief lenen van de eigen vennootschap door AB-houders.

Veel AB-houders blijken grote bedragen te lenen van hun eigen vennootschap, met als gevolg een langdurig uit- en soms afstel van belastingheffing in box 2.⁴ Daarom wil de wetgever de RC-maatregel in voeren waarmee het lenen boven €500.000 ontmoedigd wordt. Schulden boven dit maximumbedrag worden als ‘excessief’ gekwalificeerd en belast in box 2 als ‘fictief regulier voordeel’. Het initiële voorstel bevatte overigens een overgangsmaatregel voor bestaande eigenwoningsschulden (hierna: EWS), maar in het pakket Bedrijfsleven uit het Belastingplan 2019 is hiervoor een heroverweging aangekondigd.⁵ Zodoende zijn de bestaande EWS van AB-houders uitgezonderd. Vervolgens werd het conceptwetsvoorstel gepresenteerd in 2019.

Op dit conceptwetsvoorstel is kritisch gereageerd. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB)⁶ onderschrijft het bestaan van excessief lenen in de praktijk, maar noemt negen redenen waarom het wetsvoorstel zijn doel voorbijschiet.⁷ Ook wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel overkill bevat, desondanks is het wetsvoorstel niet ingetrokken.

De huidige instrumenten van de inspecteur bieden hem de mogelijkheid om belastinguitstel door middel van geldverstrekking of belastingafstel te voorkomen. Alsnog vergt de beoordeling van de geldverstrekkingen veel toezichtcapaciteit en wordt de instrumenten ‘tijdroevend en arbeidsintensief’ ervaren door de Belastingdienst.⁸ Met de voorgestelde maatregel beoogt de wetgever onder andere deze uitvoeringslasten van de Belastingdienst te verlichten en een eenvoudiger bestrijdingsmiddel te introduceren: de ‘excessieve lening’.⁹ Naar verwachting zal de maatregel preventieve werking hebben. De wetgever verwacht dat een AB-houder immers de heffing als gevolg van deze maatregel zal willen voorkomen door zijn schuldenpositie onder de €500.000 te houden.¹⁰ Als de wet door het parlement wordt aangenomen zal deze naar verwachting vanaf 1 januari 2023 van kracht zijn. Tot 31 december 2023 hebben de AB-houders nog de mogelijkheid om te anticiperen op het Wetsvoorstel.

1.2 Probleemanalyse

Hoofdzakelijke doel van de maatregel is het ontmoedigen van het excessieve leengedrag van de AB-houders. Tevens zal dit wetsvoorstel, volgens de wetgever, ertoe leiden dat bovenmatige schulden op een eenvoudigere manier worden tegengegaan. De verkapte winstuitdelingen en onzakelijke leningen bevinden zich nu fiscaal in een grijs gebied. De Hoge Raad (hierna: HR) hanteert in dit vraagstuk een benadering waarbij de eigenschappen van een geldstroom doorslaggevend zijn en stelt dat sprake moet zijn van een dubbel bewustheidsvereiste om een verkapte winstuitdeling vast te stellen. Het wetsvoorstel is een versimpeling op deze benadering van de HR voor geldstromen van meer dan €500.000. Uit de MvT blijkt dat de wetgever van mening is dat de inspecteur niet over de juiste instrumenten beschikt om verkapte winstuitdeling vast te kunnen stellen. Deze veronderstelling dient

³ Van den Dool, TFO 2017/150.2

⁴ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.2

⁵ Aanbiedingsbrief pakket Belastingplan 2019

⁶ De Commissie Wetsvoorstellen, zie: samenvatting commentaar

⁷ De Commissie Wetsvoorstellen, In hoofdstuk vier zullen deze kritiepunten inhoudelijk behandeld worden.

⁸ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.6

⁹ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.2

¹⁰ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.2

echter kritisch benaderd te worden, aangezien de discussies over geldverstrekkingen al jaren worden gevoerd.¹¹

Het Wetsvoorstel bevat daarnaast ook aspecten waarbij juridische vraagtekens geplaatst kunnen worden. Door het Wetsvoorstel zal de benadering van de HR aan de kant gezet voor schulden van meer dan het maximumbedrag. Hierdoor leidt de maatregel tot een complexere belastingwetgeving met een systematische inbreuk op de huidige wetgeving/jurisprudentie.¹² Bovendien wordt dit nog complexer doordat de fiscaal andere kwalificatie van een schuldverhouding alleen van toepassing is binnen één box van één fiscale wet, voor zover die schuldverhouding het maximumbedrag overschrijdt.¹³ Kortom, leidt het wetsvoorstel tot toename van het aantal ficties, aangezien de ficties alleen gevolgen dienen te hebben voor box 2.

De fiscale werkelijkheid van geldstromen zal als gevolg verder afwijken van de civielrechtelijke kwalificatie. Immers, er worden begrippen gebruikt met een eigen definitie die afwijkt van de definitie(s) bij andere bepalingen in de fiscale wetgeving om deze nieuwe fictie effectief te laten zijn. Dit zorgt voor extra verwarring aangezien deze begrippen al een bepaalde definitie/afbakening omvatten.

Volgens de NOB wordt ook het sociaal-maatschappelijke draagvlak van de belastingwetgeving en de werkelijkheid aangetast door deze toenemende complexiteit.¹⁴ Zo zullen belastingplichtigen die destijds in lijn met de jurisprudentie, wet- en regelgeving hebben gehandeld ook binnen de reikwijdte van de regeling vallen vanwege de materieel terugwerkende kracht. Hierdoor bestaat ook het risico dat belastingplichtigen in sommige situaties te maken kunnen hebben met een dubbele heffing.

1.3 Probleemstelling

Uit de bovenstaande kan er worden geconcludeerd dat de huidige en het nieuwe instrument hetzelfde doel hebben: belastinguitstel- en afstel bestrijden. De belangrijkste vraag betreft mijns inziens dan ook de verhouding tussen de huidige stelsel en het Wetsvoorstel. Is het bijvoorbeeld rechtmatig om alle geldstromen boven het drempelbedrag, ongeacht de zakelijkheid ervan, als winstuitdeling te beschouwen of leidt dit tot overkill? De wetgever wil immers, dat de DGA onder dezelfde voorwaarden en in dezelfde situatie een zakelijke lening boven het drempelbedrag bij een derde partij afsluit, om herkwalificatie van de lening te voorkomen of dividend uitkeert aan zichzelf.

Bij de beantwoording van de bovenstaande vraag dient rekening gehouden te worden met de doel en strekking van het Wetsvoorstel (zie hiervoor hoofdstuk 3) en dat het zijn doel niet voorbijschiet. Indien de doel en strekking niet met de nieuwe maatregel worden behaald, is het nieuwe instrument mijns inziens overbodig aangezien de inspecteur al over instrumenten beschikt om de doelstellingen te kunnen bereiken. Uit deze twee belangrijke aandachtspunten kan de volgende probleemstelling voor deze thesis worden geformuleerd:

“Hoe verhoudt het wetsvoorstel ‘Excessief lenen bij eigen vennootschap’ zich tot de huidige behandeling van leningen in de relatie DGA-vennootschap, welke knelpunten bevat de voorgestelde wet en wat zijn de mogelijke oplossingen (alternatieven) voor deze knelpunten?”

In dat kader zijn de volgende deelvragen opgesteld:

- Hoe worden leningen in de relatie tussen de AB-houder en zijn eigen vennootschap in het huidige fiscale stelsel behandeld? (Hoofdstuk 2);
- Welke doelen worden er met het wetsvoorstel beoogd en hoe is het wetsvoorstel vormgegeven? (Hoofdstuk 3);

¹¹ Zie o.a. HR 3 november 1954

¹² De Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.4

¹³ De Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.4

¹⁴ De Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.3,5,6

- Hoe verhoudt het wetsvoorstel zich met de huidige fiscale behandeling van leningen en welke knelpunten bevat de voorgestelde wet? (Hoofdstuk 4);
- Welke alternatieven kunnen er voor het wetsvoorstel worden aanbevolen? (Hoofdstuk 5).

1.4 Onderzoeksdoel

Het doel van dit onderzoek is drievoudig, namelijk beschrijven, vergelijken/beoordelen en ontwerpen.¹⁵ Met het beschrijvende doel wordt er beoogd om kennis te verwerven over de huidige jurisprudentie en de fiscale behandeling van een geldverstrekking aan de hand van de jurisprudentie en wetgeving op dit gebied. Ook zal hierbij de huidige werkwijze in kaart worden gebracht. Hiermee wordt beoogd om de huidige problemen, de noodzaak en doelstellingen van de maatregel volgens de wetgever te verklaren.

Vervolgens zal er aan de hand van de analyse worden beoordeeld of de pijnpunten in het huidige stelsel verholpen kunnen worden door de nieuwe geïntroduceerde fictie. Daarnaast zal er onderzocht worden of de wetwijziging het fiscale stelsel onnodig complex maakt en voor andere knelpunten zorgt.

Tot slot wordt er met ontwerpen beoogd om alternatieven en aanbevelingen aan te kunnen dragen voor de geschetste probleemstelling. In de aanbeveling zal het beste alternatief met aanvullingen worden ontworpen. Daarnaast wordt gestreefd om een bijdrage te kunnen leveren ter bevordering van de behandeling van leningen in de relatie tot de AB-houder en de vennootschap.

1.5 Het theoretische kader

In deze thesis zal de verhouding tussen het nieuwe artikel 4.14a Wet IB en de bestaande vormen van herkwalificatie van leningen, het leerstuk onzakelijke lening en de noodzaak van de maatregel onderzocht worden.

Voorafgaand zullen er in hoofdstuk 2 de door de HR ontwikkelde criteria bij leningen¹⁶, wetsgeschiedenis en literatuur worden bestudeerd. Daarbij zal ook gebruik worden gemaakt van de civielrechtelijke uiteenzetting van het begrip ‘lening’ aan de hand van de relevante bepalingen in het Burgerlijk Wetboek. Uit dit onderzoek zullen de pijnpunten en gebreken van het huidige instrument van de inspecteur bij de huidige behandeling van geldverstrekkings in kaart worden gebracht, om zodoende een verklaring te kunnen geven voor nut en de noodzaak van de maatregel.

Het theoretische kader in hoofdstuk 3 bestaat uit twee delen. Als eerste zullen de beoogde doelstellingen in kaart gebracht worden. Vervolgens zal de maatregel op hoofdlijnen worden toegelicht. Hierbij zullen de Kamerstukken II 2019-2020, 35 496 nr. 2,3,4,7 en 9 als leidraad dienen.

Bij de beoordeling in hoofdstuk 4 zal er niet alleen worden stilgestaan in hoeverre de doelen door het Wetsvoorstel worden bereikt, maar er zal ook getoetst worden aan overkill. De keuze hiervoor komt doordat er in de literatuur door meerdere auteurs is aangegeven dat de regeling in sommige situaties tot ‘overkill’ kan leiden bij belastingplichtigen. De overkilltoets kan in dit onderzoek opgedeeld worden in twee delen, namelijk de noodzakelijkheid en de evenredigheid van het Wetsvoorstel. Deze toets stelt dat de opgelegde maatregel redelijk moet zijn en in verhouding moet staan tot de begane handeling. Bij de beoordeling zullen wetenschappelijke artikelen, actuele ontwikkelingen en opinies van gezaghebbende fiscalisten, zoals S.A. Stevens, worden opgenomen.

Tot slot zullen er in hoofdstuk 5 enkele alternatieven worden aangedragen en in het laatste hoofdstuk antwoord worden gegeven op de hoofdvraag en worden er aanbevelingen aangedragen.

¹⁵ IJzermans en van Schaaijk, p.19-20.

¹⁶ Zie o.a. HR, 27 januari 1988

1.6 Methodologie en verantwoording van de opzet

Het onderzoek dat in opdracht van de pilot is uitgevoerd kan worden getypeerd als een rechtswetenschappelijk onderzoek, aangezien het hoofdzakelijke doel een bijdrage leveren is aan kennis.¹⁷ In dit onderzoek wordt er getracht om antwoord te kunnen geven hoe de huidige behandeling van lenen bij eigen vennootschap tot belastinguit- en afstel kan leiden. Vervolgens zal er een theoretische vergelijking met het Wetsvoorstel worden gemaakt en de verhouding tussen beide stelsel worden onderzocht. Deze vergelijking dient een antwoord te geven of de huidige knelpunten met het Wetsvoorstel worden opgelost of dat het juist voor andere problemen zorgt. Uit deze analyse zal er worden geconcludeerd of het Wetsvoorstel noodzakelijk is of dat er juist een beter alternatief moet worden aangedragen voor de huidige problemen. Het rechtswetenschappelijk onderzoek in deze thesis bestaat dan ook uit literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek.

Het literatuuronderzoek wordt gedaan aan de hand van de wet- en regelgeving, parlementaire stukken, rapporten, fiscaal wetenschappelijke artikelen en de reacties op de internetconsultatie. Hiermee wordt er beoogd om de stand van zaken te verduidelijken en de huidige visie van gezaghebbende auteurs tegen elkaar te kunnen afwegen. Aan de hand van de bevindingen zal er een standpunt worden ingenomen.

Het jurisprudentieonderzoek bestaat uit relevante uitspraken inzake de fiscale kwalificatie van geldleningen van de HR, Hof en rechtbank tussen 1954 en 2020. Bedoeling van dit onderzoek is om een analyse te maken van de huidige fiscale kwalificatie van geldleningen en winstuitdelingen en hiermee de nut en noodzaak van het Wetsvoorstel volgens de wetgever te begrijpen.

1.7 Afbakening

Dit onderzoek behoort tot een deelonderzoek van de pilot Wetsvoorstel Excessief lenen bij de eigen vennootschap en beperkt zich dan ook tot 'lening'-aspect. Om diepgang te kunnen bereiken in het onderzoek dienen dan ook enkele kaders gesteld te worden. Zo zullen de internationale aspecten van het Wetsvoorstel niet worden behandeld en zal deels aandacht worden geschonken aan de EWS. Ook zullen niet alle doelstellingen die uit het Wetsvoorstel voortvloeien, zoals de gelijkere behandeling van de AB-houders en IB-ondernemers behandeld worden.

In beginsel is het uitgangspunt van dit onderzoek een binnenlandse meerderheidsaandeelhouder met zeggenschap in zijn eigen vennootschap. Gezien de scope van het onderzoek zal er alleen rekening worden gehouden met de Wet IB 2001. De gevolgen voor andere belastingen worden uitgesloten.

Daarnaast zal ik in hoofdstuk 2 niet ingaan op de deelnemerschapslening, omdat dit in DGA-vennootschapsverhoudingen niet voor kan komen.

Ter afsluiting zijn er in de literatuur verschillende alternatieven voor het Wetsvoorstel aangedragen zoals: 'Forfaitaire heffing',¹⁸ 'Progressief AB-tarief',¹⁹ 'Duale inkomstenbelasting' (Scandinavisch model),²⁰ 'Kwalificatie van leningen' (Australische-methode),²¹ 'Rente over de RC-lening' (Belgische-methode), 'Director's loan-maatregel' (Engelse-methode) en de 'Loan-to-Value'-maatregel²².

Uit deze reeks beperk ik mij tot de loan-to-value-maatregel en de kwalificatie van leningen. De keuze voor deze alternatieven is gemaakt wegens het feit dat deze twee beter passen bij de huidige box 2-systematiek dan de andere alternatieven en rekening houden met zakelijke leningen.²³

¹⁷ IJzermans en van Schaaijk, p.23-25

¹⁸ Kamerstukken II 2012/13, 33447, 1, p.53-56

¹⁹ Stevens, WFR 2019/71, p.12

²⁰ Zie Kamerbrief 2020-0000094149, 'Synteserapport Bouwstenen voor een beter belastingstelsel', p.47-49

²¹ Hofman en de Vries, WFR 2019/107, p.2-4

²² Stevens, WFR 2019/71 p.13

²³ De commissie stelde voor om niet verder te gaan op de route van een duale inkomstenbelasting, zie hiervoor Kamerstukken II 2012/13, 33447, 1, p.53

HOOFDSTUK 2: DE HUIDIGE BEHANDELING VAN LENINGEN

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *Hoe worden leningen in de relatie tussen de AB-houder en zijn eigen vennootschap in het huidige fiscale stelsel behandeld?* Daarvoor zal de civielrechtelijke en de fiscaalrechtelijke kwalificatie van geldverstrekkingen worden beoordeeld. Ook zal er stilgestaan worden bij de mogelijkheid van de AB-houder om bij diens vennootschap een geldlening aan te gaan en waarom het tot onwenselijke situaties kan leiden. Ook zal worden onderzocht of de instrumenten in het huidige fiscale stelsel toereikend zijn om de belasting uit- en afstel te bestrijden. Hierbij zal er met name worden ingegaan op de bewijslastverdeling.

2.2 Positie van de DGA

Binnen het Nederlandse belastingstelsel heeft een AB-houder een opmerkelijke positie tot zijn vennootschap; als een werknemer, directeur of aandeelhouder of als een debiteur. Hierdoor kan de AB-houder op verschillende manieren liquide middelen onttrekken vanuit diens vennootschap door een loonuitkering, een winstuitdeling of door een geldverstrekking aan te gaan bij de eigen vennootschap. De liquide middelen kan hij nodig hebben voor bijvoorbeeld de financiering van een eigen woning of beleggen in privé. Loon of dividend uitkeren leiden tot belastingheffing in box 1 respectievelijk box 2, maar niet als er geld bij de vennootschap wordt geleend. Zo kan de AB-houder volledig beschikken over het opgepotte vermogen in de eigen vennootschap zonder belastingheffing. De gemiddelde schuld van een AB-houder is toegenomen van € 177.958 in 2007 tot € 273.050 in 2018.²⁴ Toename van 'excessieve' leningen en hiermee de mogelijkheid tot belasting uit- en afstel vindt de wetgever onwenselijk en moet met het wetsvoorstel worden voorkomen.

Gebeurt de geldverstrekking tussen de AB-houder-vennootschap niet onder zakelijke voorwaarden dan leidt dit tot vereenzelviging en erkent de AB-houder de vennootschap niet als apart rechtssubject maar als een verlengstuk van zichzelf.²⁵ Zo verdwijnt ook de belangrijke helikopterview. Een oplossing zou het aanstellen van een of meerdere commissarissen kunnen zijn, zij zijn namelijk wettelijk verplicht om de belangen van de vennootschap op lange termijn te waarborgen. Daarnaast kan de DGA van gedachten wisselen met de commissarissen, wat kan zorgen voor ondernemen op een hoger niveau. Het grootste voordeel in de scope van dit onderzoek is dat er zekerheden worden vastgesteld en er eerder aan het terugbetalingsvereiste en rente wordt voldaan. In de navolgende paragrafen zal duidelijk worden waarom.

2.3 Civielrechtelijk kwalificatie van leningen

Een lening is gebaseerd op het civielrecht, daarom zullen als eerste de civiele aspecten van een geldlening worden toegelicht. De grondslag van deze term is vastgesteld in boek 7 van het Burgerlijke Wetboek (hierna: BW) in het artikel 7:129 lid 1 BW. In desbetreffende artikel staat het volgende:

*"De overeenkomst van een geldlening is de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen."*²⁶

Uit dit artikel blijkt dat er sprake moet zijn van een overeenkomst, wilsovereenstemming en terugbetalingsverplichting om een vermogensverstrekking civielrechtelijk aan te kunnen merken als een geldlening.²⁷ In de volgende paragraaf zal de civielrechtelijk totstandkoming van leningen worden besproken.

²⁴ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7, p.8

²⁵ Meijer, WFR 2015/918

²⁶ Art. 7:129 BW

²⁷ Zie art. 7:129 lid 1 BW,HR, 29 november 2002

2.3.1 Leningen

Indien twee partijen hun wilsovereenstemming afstemmen, komt een overeenkomst van geldlening tot stand.²⁸ Er wordt een aanbod gedaan door de ene partij en vervolgens door de andere partij aanvaardt, waarbij vervolgens een overeenkomst tot stand komt.²⁹ Dit heet een meerzijdige rechtshandeling.³⁰ Het verschil met eenzijdige handeling is dan ook dat bij meerzijdige rechtshandelingen wel een overeenkomst tot stand komt, terwijl bij eenzijdige rechtshandeling dit niet het geval is.³¹ Dit is ook het geval bij geldverstrekking van de vennootschap aan de DGA. In beginsel wordt dit verricht door dezelfde persoon. Het verschil is echter dat de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap ervoor zorgt dat er een overeenkomst wordt aangegaan door dezelfde persoon in twee hoedanigheden en er alsnog tussen twee verschillende rechtssubjecten een overeenkomst tot stand komt.

Bij een AB-houder met volledige zeggenschap in de vennootschap kan worden afgevraagd of er sprake is van totstandkoming van een zuivere wilsovereenstemming, want op het moment van de geldverstrekking wordt er eerder aanvaard dan dat er een aanbod is. Als eerste vraagt de AB-houder bij de vennootschap een geldverstrekking aan, dan moet de vennootschap een aanbod te doen, waarvan ze al vooraf weet dat het zal worden geaccepteerd. In dergelijke situaties hangt de kwalificatie van de geldverstrekking en de voorwaarden van de overeenkomst tussen een AB-houder en diens vennootschap af van dezelfde persoon. Omdat de lening voor het aanbod al is aanvaard is de overeenkomst civielrechtelijk tot stand gekomen mits er wordt voldaan aan het 'terugbetalingsvereiste' volgens het BW.³²

2.3.2 Rekening-courant in het civiele recht

Een AB-houder kan een geldlening of een RC aangaan met zijn vennootschap. De RC is een apart lopende rekening waarin de schulden en de vorderingen tussen de DGA en diens vennootschap geboekt worden. Dit is vastgelegd in artikel 6:140 BW. De RC wordt niet specifiek benoemd, echter er kan uit worden opgemaakt dat de bedoeling overeenkomt met de essentie van de RC, namelijk dat de partijen met het aangaan van een RC-verhouding de vorderingen niet afzonderlijk zullen afrekenen maar met elkaar verrekenen en dat bij het boeken van vorderingen en schulden op die rekening contractuele verrekening plaatsvindt.³³ De doorlopende verrekening in RC vindt dus voortdurend plaats bij iedere boeking, zodat er ieder ogenblik een actueel saldo verschuldigd is.³⁴ Ook dient er op grond van het eerste lid van artikel 6:140 BW de RC-verhouding van rechtswege verrekend te worden en dient de partij waarbij de rekening is aangegaan de voortdurende rekening van de AB-houder jaarlijks af te sluiten en het saldo van de RC medegedeeld te worden aan de wederpartij. Als er geen bezwaar is wordt dit saldo definitief en direct opeisbaar.

Toch kan ervan afgeweken worden.³⁵ De AB-houder en zijn vennootschap kunnen aan de daadwerkelijke vormgeving van de overeenkomst zelf een invulling geven. De AB-houder heeft dan als bestuurder zelf de keuze om geen maximum te stellen aan de kredietruimte, hoeft hij geen zekerheden af te sluiten en kan hij de hoogte van de rente zelf bepalen. Het risico hierbij is wel dat er onzakelijke voorwaarden kunnen worden opgesteld, wat fiscaalrechtelijk kan leiden tot onwenselijke constructies. Daarom moet er mijns inzien onderscheid worden gemaakt tussen een geldverstrekking van de vennootschap en die van een financiële instantie. De laatstgenoemde zal namelijk wel arm's-length handelen. Doordat de schuldenaar en schuldeiser dezelfde persoon zijn kan er langdurig belastinguitstel ontstaan. De vennootschap zal in zulke gevallen geen zekerheden innen of een terugbetaling eisen zolang de DGA dat niet wil. Het gevaar hiervan is dat er niet zal worden voldaan

²⁸ HR, 29 november 2002, r.o. 3.4.5. Jo. Art. 6:124 BW

²⁹ Art. 6:127 BW

³⁰ O.g.v. art. 6:217 BW

³¹ Asser/Sieburgh 6-III

³² Art. 7A:1800 BW

³³ Asser/Sieburgh 6-II 2017/233 en 250

³⁴ Groene Serie Verbintenissenrecht, 4 Aard en kenmerken van de rekening-courant, art. 6:140

³⁵ Zie art. 6:140 lid 5

aan de terugbetalingsverplichting. Er kunnen zich twee scenario's voordoen; de DGA gaat een RC aan waarbij er betalingen en opnamen wederzijds plaatsvinden of dat de winstreserves van de vennootschap onder het mom van een RC worden onttrokken door de DGA.

Bij het eerste voorbeeld is er een gezamenlijke overeenkomst tot stand gekomen. Bij het tweede voorbeeld werkt de overeenkomst één kant op. De vennootschap wordt als pinautomaat gebruikt en is er geen verschil met een normale winstuitdeling waarover wel belasting wordt geheven. Alhoewel in dit geval nog steeds sprake is van een overeenkomst zal dit fiscaalrechtelijk moeten worden bestreden. Hier wordt in de volgende paragraaf verder op ingegaan.

2.4 Fiscale kwalificatie van leningen

In het Unilever-arrest heeft de HR beslist dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking in beginsel wordt gevolgd voor de fiscale behandeling van een geldverstrekking.³⁶ Dit houdt in dat wanneer een geldverstrekking civielrechtelijk wordt gekwalificeerd als lening deze ook fiscaal gekwalificeerd wordt als een lening.³⁷ Voor fiscale doeleinden dienen onzakelijke elementen in de contractuele verhoudingen gezuiverd te worden. Zo heeft de HR in het Unileverarrest onderscheid gemaakt in drie hoofdvormen van geldverstrekingen waarvan de fiscale kwalificatie afwijkt van de civielrechtelijke kwalificatie. Het gaat hierbij om: de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening.³⁸ Als er sprake is van een van deze drie uitzonderingen kwalificeert de geldverstrekking als eigen vermogen en worden de verplichtingen en rechten die samenhangen met deze geldverstrekking niet opgenomen in de berekening van de fiscale jaarwinst.³⁹

Een winstuitdeling is een vergoeding van de vennootschap aan de AB-houder in de vorm van dividend die is belast in box 2. Op grond van artikel 4.12 Wet IB vindt er dan heffing plaats over het reguliere- en vervreemdingsvoordeel bij eventuele verkoop van de aandelen. Een vermogensverschuiving is bij een normale dividenduitkering vanzelfsprekend, maar kan ook op verkapte manieren plaatsvinden. De HR heeft in twee arresten richting gegeven aan het begrip verkapte winstuitdeling.⁴⁰ Hieruit blijkt dat er sprake is van een verkapte winstuitdeling als er wordt voldaan aan de objectieve eis en de subjectieve eis.

Er wordt voldaan aan de objectieve eis als er een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de AB-houder plaatsvindt ter bevoordeling van de AB-houder. Bijvoorbeeld wanneer er geen huur wordt afgedwongen door de vennootschap of, een voor dit onderzoek relevante situatie, wanneer een vennootschap een lage of renteloze lening aan de AB-houder verstrekt. Het verschil tussen een zuivere en een verkapte winstuitdeling is dat de vennootschap aan haar AB-houder een voordeel toekent dat niet op zakelijke gronden of onder voorwaarden met een niet-verbonden persoon zouden zijn overeengekomen. Dit voordeel vloeit voort uit de verhouding tussen een AB-houder en de vennootschap. Het verschil tussen een zakelijke handeling en een onzakelijke handeling vormt dan het voordeel ten gunste van de AB-houder. De subjectieve eis houdt in dat de partijen zich redelijkerwijs bewust zijn van de vermogensverschuiving, ook wel in de literatuur de 'dubbele bewustheidseis' genoemd.⁴¹

Volgens de HR is er sprake van fiscale winstuitdeling als er wordt voldaan aan de objectieve en subjectieve eis, omdat er vermogen via een lening de vennootschap definitief heeft verlaten.⁴² Een winstuitdeling kan plaatsvinden door middel van 'dividend', een 'verkapte winstuitdeling' en door middel van een 'onzakelijke lening'.

³⁶ HR, 27 januari 1988

³⁷ HR, 25 november 2011

³⁸ HR, 27 januari 1988

³⁹ Dit houdt in dat de ontvangen rente niet in de winstberekening opgenomen dient te worden. Daar tegenover staat dat indien de lening niet terugbetaald wordt, dit niet als afwaarderingsverlies gevoerd mag worden.

⁴⁰ HR, 18 februari 1959 (noot P. den Boer) en HR 18 maart 1987

⁴¹ HR, 4 mei 1983

⁴² HR, 29 oktober 2004

Geconcludeerd kan worden dat de meningen over het vereiste van de dubbele bewustheid uiteenlopen.⁴³ Albert en Esser vinden dat er voldaan moet worden aan de dubbele bewustheidseis om een winstuitdeling aannemelijk te maken.⁴⁴ De vennootschap als de AB-houder moet zich op grond van onder andere BNB 1954/61 en BNB 1994/291 zich ervan bewust zijn dat er geen onttrekking plaatsvindt, maar een winstuitdeling en dat de AB-houder bevoordeeld is door de vennootschap.⁴⁵ Er moet aan het dubbele bewustheidscriterium worden voldaan om een onttrekking als winstuitdeling te kunnen kwalificeren, omdat het zou kunnen dat de AB-houder zich er niet van bewust is dat hem een voordeel wordt toegekend.⁴⁶ Verburg sluit zich aan bij deze visie, volgens hem kunnen hiermee onopzettelijke bevoordelingen van de vennootschap niet toegerekend worden aan de AB-houder.⁴⁷

Volgens Aardema blijkt uit BNB 1969/164 dat de dubbele bewustheidseis niet langer door de HR wordt gehanteerd.⁴⁸ In het arrest werd de bewustheid van de AB-houder losgelaten, omdat de AB-houder in meerdere hoedanigheden de besluitvorming bepaalde.⁴⁹ Aardema maakt hieruit op dat de vennootschap een voordeel aan de AB-houder toekent wegens aandeelhouderschap. In dergelijke situaties is het dan al voldoende als de vennootschap zich bewust is van de winstuitdeling.⁵⁰ De AB-houder bevindt zich in een dusdanige positie dat zijn én de bewustheid van de vennootschap gelijk zijn aan elkaar. Ook Van Strien deelt deze mening, in situaties van verbonden partijen is de wilsovereenstemming en daarmee de bewustheid meestal vanzelfsprekend of er moet sprake zijn van een schizofrene DGA.⁵¹ Het bewijzen van de bewustheid blijft echter lastig. Het is immers een subjectieve toets. De vennootschap en de AB-houder dienen zich bewust te zijn van een bevoordeling. Dit is wel anders bij vennootschappen met één AB-houder en volledige zeggenschap. Dan is het voldoende dat een van de twee zich bewust is van de onzakelijke handeling. Het gaat hier om de verschillende hoedanigheden van de AB-houder. Alhoewel het gaat om twee aparte rechtssubjecten, doet hier niet aan af dat de DGA zowel de bevoordeelde als de bevoordelende persoon is, waardoor bewustheid van de ene hoedanigheid voldoende is.

De veronderstelling van Albert en Esser is alleen steekhoudend als er meerdere AB-houders betrokken zijn. Het kan bijvoorbeeld zijn dat een AB-houder zich heeft teruggetrokken als bestuurder en niet meer direct betrokken is bij de vennootschap. In zulke omstandigheden is de dubbele bewustheid bij de AB-houders en de vennootschap noodzakelijk om een verkapte winstuitdeling vast te kunnen stellen. In andere gevallen is het niet logisch dat in een DGA-vennootschapsverhouding het ene rechtssubject zich wel bewust is van de bevoordeling, terwijl de andere dat niet is. De enkele bewustheidseis in DGA-vennootschapsrelatie is mijns inzien dan ook de correcte benaderingswijze.

2.4.1 De schijnlening

Van een schijnlening is sprake als een geldlening slechts in schijn bestaat. Bij het aangaan van de lening is op voorhand al duidelijk dat de geldverstrekking niet terugbetaald zal worden of kan worden verrekend.⁵² Dat kan doordat de DGA op papier een geldverstrekking aan zichzelf presenteert, terwijl de DGA-vennootschap in werkelijkheid helemaal geen overeenkomst van geldlening tot stand wil brengen maar een dividenduitkering.⁵³

Voor de schijnlening is er maar een vereiste: het 'andersluidende wilsovereenstemming'-vereiste.⁵⁴ Dit benadrukt het verschil tussen de feitelijke (een materieel dividend) en formele

⁴³ Dit blijkt o.a. uit Albert, NTFR beschouwingen 2015/9, HR, 2 maart 1994, noot E. Aardema.

⁴⁴ Albert 1995 jo. Essers, noot BNB 1997/42

⁴⁵ HR, 30 december 1953

⁴⁶ Albert, NTFR Beschouwingen 2015/9

⁴⁷ Van Strien, FM nr. 119, p.3

⁴⁸ HR, 2 maart 1994

⁴⁹ HR, 28 mei 1969 jo. Vakstudie, aant. 5.1 Dubbele bewustheid

⁵⁰ HR, 2 maart 1994 noot E. Aardema.

⁵¹ HR, 9 april 1975, noot Verburg

⁵² HR, 24 juni 1964 jo. HR, 25 november 2011 (concl. Wattel, noot Albert)

⁵³ HR, 24 juni 1964 jo. Buytendijk en Smit, WFR 2005/1334

⁵⁴ van Strien, FM nr. 119, 2006 3.3.2.3

wilsovereenstemmingen (een lening). Voor een niet-contractpartij is het bijna onmogelijk om de feitelijke wilsovereenstemming te bewijzen, want het is geen objectief waarneembaar criterium. In gevallen waar sprake is van een relatie DGA-vennootschap dient de inspecteur een schijnlening via de normale stel- en bewijsplicht te bewijzen. Uit de jurisprudentie blijkt dat er alleen maar indicaties voor deze vereisten opgesteld kunnen worden.⁵⁵ Denk hierbij aan renteloosheid, het niet nemen van maatregelen om de vordering te innen,⁵⁶ het ontbreken van een leningsovereenkomst,⁵⁷ het ontbreken van zekerheden en de achterstelling van de lening of winstafhankelijke vergoeding.⁵⁸ Zo werd er door het Hof Amsterdam in een arrest beslist dat er geen sprake was van een schijnlening. Volgens het Hof was de AB-houder in de schriftelijke overeenstemming met de vennootschap overeengekomen dat bedragen als tijdelijke lening waren bedoeld.⁵⁹ Daarnaast waren de schulden direct opeisbaar door de vennootschap. De verbonden voorwaarden of het ontbreken van een rentevergoeding deden volgens het Hof daaraan niet af.

Volgens Bouwman is de terugbetalingsvereiste de enige objectieve voorwaarde om schijnlening te bewijzen.⁶⁰ Dit is niet helemaal correct, omdat een schijnlening buiten spel gezet kan worden door een zeer langdurige looptijd op te nemen in de overeenkomst. Dat er geen objectieve voorwaarden zijn brengt een zware bewijslast met zich mee. De inspecteur dient aannemelijk te maken dat de economische werkelijkheid afwijkt van de juridische vormgeving. Doordat de meerzijdige overeenkomst door dezelfde persoon in meerdere hoedanigheden is overeengekomen, is het achterhalen en bewijzen van de subjectieve intentie niet eenvoudig. Herkwalificatie van het verstrekte kapitaal leidt hierdoor vaak tot complexe discussies. In dergelijke situaties beschikt de inspecteur slechts over indirecte bewijs, waaruit moet blijken dat contractpartijen onzakelijk met elkaar hebben willen handelen.⁶¹

De informatie-asymmetrie zorgt voor weer een ander probleem, namelijk het tijdig koppelen van de definitieve vermogensverschuiving aan het jaar waarin de uitdeling in aanmerking moet worden genomen.⁶² Het is lastig om vast te stellen wanneer de sluimerende toename van de RC aangemerkt kan worden als een uitdeling.⁶³ Ook is het mogelijk dat de vennootschap haar rechten als crediteur prijsgeeft in het belang van haar AB-houder. Het is aan de inspecteur om te bewijzen wanneer een zakelijke RC omslaat in een uitdeling; het aangeven van het omslagmoment. Om de schijnlening te kunnen navorderen binnen de termijn van vijf jaar is dit zeker van belang. Er moet dan wel sprake zijn van een nieuw feit en niet dat bestaande feiten en juridische gevolgen achteraf anders worden geïnterpreteerd.⁶⁴ Dit komt doordat de fiscaal-theoretische kwalificatie van de geldlening op het moment van geldverstrekking plaatsvindt, terwijl de inspecteur in praktijk achteraf een oordeel moet vormen. In sommige situaties kan dan door het verjaren afstel van belastingheffing ontstaan. In paragraaf 4.2 zal dit verder worden toegelicht. Het heffingslek wordt door de wetgever erkend in de MvT.⁶⁵

De bovenstaande problemen kunnen herleidt worden naar te kort schieten van de uitvoerings- en toezichtcapaciteit van de Belastingdienst om met de huidige jurisprudentie tijdig te kunnen ingrijpen. Opvallend genoeg blijkt dat de inspecteur de afgelopen jaren er alsnog wel in geslaagd is om de schijn te bewijzen,⁶⁶ namelijk door aannemelijk te maken dat de belanghebbende het negatieve RC-saldo

⁵⁵ Zie o.a. HR 24 mei 2002

⁵⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 februari 2015

⁵⁷ Hof Leeuwarden, 25 februari 2014

⁵⁸ Zie bijv. Hof Amsterdam, 17 april 2002

⁵⁹ Hof Amsterdam, 17 april 2002

⁶⁰ Bouwman, Fiscale geschriften, p.81

⁶¹ Cursus belastingrecht, VPB.2.0.5. D.b.

⁶² Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p.50

⁶³ Herreveld, Het register april 2016

⁶⁴ M.u.v. kwade trouw

⁶⁵ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.6

⁶⁶ Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020 & Rb. Den Haag 9 januari 2020

niet zal en kan terugbetalen.⁶⁷ De belanghebbende had de schuld aan de eigen vennootschap explosief laten stijgen in een kort tijdsbestek.⁶⁸ De vraag is of de HR met de huidige jurisprudentie zowel Belastingdienst als de de belastingplichtige wel een dienst bewijst. Volgens Strien is het huidige systeem zelfs tamelijk vaag.⁶⁹

2.4.2 De bodemlozeputlening

Een andere uitzondering is de bodemlozeputlening. Hiervan is er sprake als bij het verstrekken van de lening al 'aanstonds duidelijk' is dat de verstrekte leningen, in z'n geheel dan wel deels, niet kunnen worden terugbetaald.⁷⁰ Deze vorm van verkapte winstuitdeling komt in de jurisprudentie weinig voor.⁷¹ De debiteur beschikt bij een bodemlozeputlening niet meer over een winstbron om de leningen terug te betalen.⁷² Het vermogen heeft de vennootschap al definitief verlaten, waarmee is voldaan aan de vermogensverschuiving.

In het Unilever-arrest heeft de HR in haar overwegingen drie cumulatieve criteria opgesteld waaraan een lening moet voldoen om een lening fiscaal te kunnen herkwalficeren tot een verkapte uitdeling:⁷³

1. *"De belastingplichtige (crediteur) verstrekt de lening als AB-houder aan een vennootschap waarin hij een deelneming houdt"*⁷⁴;
2. *"Er blijkt uit de gegeven omstandigheden dat de vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het uitgeleende bedrag niet (geheel) terug zal worden betaald"*;⁷⁵
3. *"Bij het verstrekken van de lening moet het de AB-houder aanstonds duidelijk zijn dat het door hem uitgeleende bedrag al op voorhand niet door de debiteur geheel of gedeeltelijk zal worden terugbetaald."*⁷⁶

In tegenstelling tot het eerste criterium zijn er voor de andere twee criteria geen eenvoudige toepassingsvoorwaarden. De invulling van het tweede en derde criterium is volgens Habermans sterk feitelijk, doordat de kredietwaardigheid van de AB-houder beoordeeld moet worden.⁷⁷ Dit moet volgens de feiten en omstandigheden die op het moment van de verstrekking van de lening bekend hadden kunnen zijn.⁷⁸ De twee criteria zorgen tezamen dan ook tot uitvoeringsproblemen. De inspecteur moet dan binnen de navorderingstermijn aannemelijk maken dat duidelijk is dat de geldverstrekking niet kan of zal worden terugbetaald. In de MvT wordt dan ook aangegeven dat er vaak discussies worden gevoerd over de vraag of een schuld kan of zal worden terugbetaald.⁷⁹ Daarnaast kan de DGA gedurende een lening minder kredietwaardig worden, het omslagpunt bewijzen en een naheffingsaanslag opleggen is dan meestal niet meer mogelijk.⁸⁰ In 4.2 zal de problemen die door dit navorderingstermijn ontstaan verder worden toegelicht.

Een ander probleem is het bewijzen van de wil tot betaling. Doordat de intentie van de DGA hier een rol speelt, dient dit te blijken uit een feitelijke afweging. Volgens Ligthart staat de wil van de DGA los van zijn kredietwaardigheid.⁸¹

⁶⁷ Zie benadering Hof Arnhem-Leeuwarden, 7 april 2020 "(...) is dan niet meer aannemelijk dat de schulden nog kunnen of zullen worden afgelost en belanghebbende en de BV moeten zich daarvan ook bewust geweest zijn".

⁶⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden, 7 april 2020 r.o. 4.18

⁶⁹ van Strien, FM nr.119, p.99

⁷⁰ HR, 29 oktober 2004 jo. Cursus Belastingrecht, VPB.2.0.5. E.e.4 Onzakelijke lening

⁷¹ van Strien, Proefschrift. p.125

⁷² Cursus Belastingrecht, VPB.2.0.5. E.e.4 Onzakelijke lening

⁷³ HR, 27 januari 1988

⁷⁴ Zie Art. 14 VPB

⁷⁵ HR, 27 januari 1988

⁷⁶ Het 'reeds aanstonds duidelijk'-criterium

⁷⁷ Habersham, FM nr. 65, p.227-228

⁷⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 28 februari 2003

⁷⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35496, nr. 3, p.7

⁸⁰ Rb. 's-Gravenhage, 2 maart 2010

⁸¹ Ligthart, WFR 2017/154, p.1

Mijns inziens heeft Habermans en Lightart gelijk. Het kan namelijk zo zijn dat de AB-houder voldoende zekerheden heeft om van zijn vennootschap te lenen. Door het aannemelijk maken van privézeekerheden kan de debiteur voorkomen dat herkwalificatie plaatsvindt op grond van een bodemlozeputlening. Het is dus op voorhand niet eenvoudig om te bewijzen dat er aan het uitgeleende bedrag geen waarde toekomt en dat het aanstonds al duidelijk is dat er niet terugbetaald kan en zal worden. Vooral doordat de wil van de DGA subjectief is, zorgt het aannemelijk maken van de intentie er voor dat de inspecteur in een moeilijke bewijsspositie terechtkomt.

2.5 De zakelijkheid van de lening

Als de lening niet kwalificeert als een van de bovenstaande uitzonderingen, wordt de lening gekwalificeerd als vreemd vermogen. Daarentegen kan de lening wel als onzakelijk bestempeld worden. Dit vloeit voort doordat de AB-houder in verschillende hoedanigheden kan staan tot zijn vennootschap. In 2.3 wordt genoemd dat de overeenkomst en de voorwaarden tussen de DGA en de vennootschap worden gesloten door hetzelfde subject. Het kan daarmee gebeuren dat de DGA onzakelijke elementen in de leningsvoorwaarden gebruikt. De HR heeft in het arrest van 9 mei 2008, ook wel bekend als het certificaathoudersuitkooparrest, en de arresten van 25 november 2011 het leerstuk van de onzakelijke lening ontwikkeld.⁸² De HR oordeelde in deze arresten dat een lening ondanks dat die onzakelijke elementen bevat alsnog als lening kan worden gekwalificeerd. Dat betekent dat er bij een onzakelijke lening, gedurende de looptijd van de lening, geen fiscale herkwalificatie plaatsvindt van vreemd vermogen naar eigen vermogen.⁸³

Of een lening zakelijk of onzakelijk is moet volgens de HR getoetst worden aan de hand van het 'arm's length-criterium'. Natuurlijke personen en vennootschappen dienen onderling met elkaar te handelen alsof zij onafhankelijke derden van elkaar zijn.⁸⁴ Er kunnen dus tussen een DGA en een vennootschap transacties worden aangegaan die onafhankelijke derden ook kunnen aangaan, maar wel op zakelijke gronden. Het aanknopingspunt hiervoor is volgens de HR de rentevergoeding over de lening. Los van de andere aspecten van de geldverstrekking, zoals de hoogte, de looptijd en overeengekomen zekerheden moet er vastgesteld worden welke rentevergoeding een niet-verbonden partij voor die geldverstrekking zou hebben overeengekomen. Bij de fiscale winstberekening van de crediteur en de debiteur moet van deze rente worden uitgegaan. Als de tussen partijen overeengekomen rentevergoeding niet 'at arm's-length' is, maar wel kan worden aangepast naar een vaste rentevergoeding die een niet-verbonden partij zou zijn overeengekomen, dan is er geen sprake van een onzakelijke lening. Dit moet wel weer onder dezelfde voorwaarden zijn overeengekomen. In zulke gevallen dient alleen de rentevergoeding fiscaal te worden gecorrigeerd, zulke leenovereenkomsten worden ook wel leningen onder onzakelijke voorwaarden genoemd. Hierbij is de overeengekomen rente een correctieknop en is het geen beoordelingsfactor.

Naast de leningen onder onzakelijke voorwaarden zijn er ook onzakelijke leningen, waarbij er geen vaste rentevergoeding kan worden bepaald en een onafhankelijke derde bereid zou zijn om een lening te verstrekken onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden.⁸⁵ Hierbij staat er volgens de HR het debiteurenrisico centraal. Leningen met onzakelijke elementen komen voor in verschillende soorten, zoals de leningen onder onzakelijke voorwaarden, leningen met een onzakelijk debiteurenrisico en geldverstrekingen die zich buiten de totaalwinstsfeer afspelen, zoals bij de schijnlening en bodemlozeputlening.⁸⁶ Zoals bij schijnlening, zijn er bij bepalen van het onzakelijke debiteurenrisico ook indicatoren. Voorbeelden zijn de aanwezigheid van een schriftelijke leningsovereenkomst, een aflossingsschema, de looptijd, de opeisbaarheid, zekerheden en of de rente wordt

⁸² HR, 9 mei 2008 jo. HR, 25 november 2011

⁸³ HR, 25 november 2011 (concl. Wattel, noot Albert)

⁸⁴ Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59, p.2

⁸⁵ HR, 25 november 2011

⁸⁶ Zie ook Bobeldijk, van der Velden en Schakenraad, 'MBB 2018/4/2, par. 2.

bijgeschreven/betaald. Volgens Boltjes en Elswier moet de onzakelijke lening als één geheel worden beoordeeld, omdat er met de lening ook maar één debiteurenrisico wordt gelopen.⁸⁷ Volgens hen kan er dan uit de jurisprudentie ook niet een op zichzelf staand feit als een doorslaggevend criterium dienen.⁸⁸ De beoordeling van onzakelijke leningen vormt hierdoor maatwerk. De inspecteur dient dan ook te bewijzen dat er sprake is van een onzakelijke lening, waardoor de uitvoeringscapaciteiten van de Belastingdienst nog meer onder druk komen te staan.

Een zakelijke lening kan door het onzakelijk handelen of nalaten van de DGA alsnog aangemerkt worden als een onzakelijke lening.⁸⁹ Dat gebeurt als de leningsvoorwaarden onzakelijk worden gewijzigd, of als de maatregelen door de DGA achterwege blijven terwijl hij ervan op de hoogte is dat de financiële positie van de AB-houder achteruitgaat. Uit de jurisprudentie blijkt dat de inspecteur moet bewijzen op welk moment een zakelijk handelende derde welke maatregelen zou hebben genomen om zijn rechten veilig te stellen en in hoeverre daarin zou zijn geslaagd.⁹⁰ Als uit onderzoek blijkt dat de derde maatregelen zou hebben genomen en daarin zou zijn geslaagd en dat de DGA nalatig is geweest, dan is de verstrekte geldlening onzakelijk.⁹¹ Als blijkt dat de derde ook in deze situatie verlies zou hebben geleden, dan is het door de belanghebbende geleden verlies zakelijk en is het in zoverre aftrekbaar bij de AB-houder. Dit, en het bewijs dat een lening gedurende die tijd onzakelijk is geworden vormen de problemen voor de inspecteur. Dit komt doordat de inspecteur binnen de navorderingstermijn moet bewijzen en ingrijpen.

Mijns inzien kan de vennootschap echter wel degelijk, door de verschillende hoedanigheden van de DGA/bestuurder, weten wanneer de AB-houder/debiteur in een verslechterende financiële positie terechtkomt en zou dan actie moeten ondernemen. Aangezien de DGA de zeggenschap heeft en ook de bestuurder is zou hij in zulke gevallen de belangen van de vennootschap moeten behartigen en niet alleen die van zijn privéhoedanigheid. Dit kan de DGA doen door andere offertes op te vragen voor het verstrekken van nieuwe geldleningen bij onafhankelijke derden. Zo kan hij de belangen van de vennootschap behartigen en de rentevergoeding op grond van het 'arm's length'-beginsel met zichzelf overeenkomen.

Als er sprake is van een onzakelijke lening kan er bij de fiscale winstberekening een eventueel verlies op de uitgeleende geldverstrekking niet in aanmerking worden genomen, met uitzondering van bijzondere omstandigheden.⁹² De vraag is dan welke rentevergoeding over de onzakelijke lening moet worden vastgesteld. Volgens de HR is dit de rentevergoeding die de verbonden vennootschap zou moeten vergoeden als zij met een borgstelling van de moedervenootschap onder gelijke voorwaarden een geldverstrekking zou zijn aangegaan bij een onafhankelijke derde.⁹³ Ondanks dat de borgstellingsfictie de rentevergoeding naar een zakelijk niveau brengt mag het afwaarderingsverlies op een dergelijke lening niet in mindering worden gebracht op de winst.⁹⁴ Dit is bepaald doordat de betrokken vennootschap dit risico destijds heeft aanvaard vanwege het aandeelhouderschap, persoonlijke belangen en/of met de bedoeling het belang van de AB-houder te dienen.⁹⁵

In de literatuur zijn er verschillende visies ontwikkeld over wanneer een onzakelijke lening wordt gekwalificeerd als een uitdeling. Een onzakelijke lening ondergaat namelijk geen herkwalificatie en

⁸⁷ Boltjes en Elswier, Onzakelijke lening (FM nr. 163) 2021/18, p.3

⁸⁸ Boltjes en Elswier, Onzakelijke lening (FM nr. 163) 2021/18, p.2

⁸⁹ HR, 25 november 2011

⁹⁰ HR, 1 maart 2013

⁹¹ Rb. Haarlem, 27 mei 2011

⁹² HR, 14 oktober 2016

⁹³ HR, 25 november 2011

⁹⁴ Het verlies is in zulke gevallen niet definitief 'verloren'. Indien sprake is van een onzakelijke lening vanuit de AB-houder aan de gelieerde vennootschap, wordt het gestorte kapitaal verhoogd met dezelfde bedrag dat gelijk is aan het verlies dat in de eerste instantie niet kan worden genomen. Het verlies kan indirect genomen worden indien de deelneming waaraan een onzakelijke lening is verstrekt liquideert. Dit is voor het onderzoek irrelevant.

⁹⁵ Elswier, WFR 2020/114, p.2

wordt als een lening aangemerkt. Volgens de Staatssecretaris van Financiën kan het onzakelijk debiteurenrisico, verbonden aan de verstrekte lening, bij kwijtschelding leiden tot een winstuitdeling.⁹⁶ Dat komt omdat het aanvaarden van het debiteurenrisico in het belang van de AB-houder is en vanuit AB-motieven wordt gedaan.

Albert stelt dat op het moment een vennootschap een lening aan haar AB-houder verstrekt onder onzakelijke voorwaarden, er geen uitdeling plaatsvindt.⁹⁷ Er is pas sprake van een uitdeling als op het moment van verstrekken duidelijk is dat de AB-houder het geld niet zal kunnen terugbetalen en dan het afwaarderingsverlies vaststaat. Dit is het geval bij de bodemlozeputlening. Deze situatie doet zich niet voor bij een lening onder onzakelijke voorwaarden, omdat het bij het verstrekken van de onzakelijke lening het niet mogelijk is al te kunnen vaststellen dat de debiteur de lening niet meer kan of zal aflossen. Wel is hij het met de Staatssecretaris eens dat er een uitdeling plaatsvindt als er wordt kwijtgescholden.⁹⁸

Egelie en Bobeldijk zijn echter van mening dat er wel sprake is van een winstuitdeling bij een onzakelijke lening aan de AB-houder doordat er debiteurenrisico wordt aanvaard.⁹⁹ Een verlies op de onzakelijke lening is volgens hen een uitdeling en is het aanvaarden van het debiteurenrisico voldoende om de onzakelijke lening te kwalificeren als een uitdeling. Want, dit debiteurenrisico heeft een belanghebbende enkel in haar hoedanigheid van aandeelhouder van zijn vennootschap willen aanvaarden, een onafhankelijke geldverstrekker zou dat namelijk niet hebben gedaan. Het laatste komt overeen met de visie van de Staatssecretaris. Als vervolgens vaststaat dat de debiteur niet aan zijn aflossingsverplichtingen zal voldoen en er een kwijtschelding plaatsvindt dan kan er worden vastgesteld dat er sprake is van een winstuitdeling, zoals Albert ook stelt.

Ik ben het gedeeltelijk eens met de stelling van Egelie en Bobeldijk, omdat er door het aanvaarden wordt voldaan aan zowel de objectieve als aan de subjectieve voorwaarden van de winstuitdeling en er dus een vermogensverschuiving heeft plaats gevonden. Ik ben echter van mening dat de redenering dat een zakelijke lening om kan slaan in een onzakelijke lening door moet worden getrokken. Dat houdt in dat een onzakelijke lening, door handelen van de DGA, zakelijk kan worden gemaakt. In dat geval betekent dat de zienswijze van Egelie en Bobeldijk niet in stand kan blijven als de DGA zakelijk handelt.

De visie van Albert en de Staatssecretaris biedt niet de nodige handgreep om op tijd een winstuitdeling vast te kunnen stellen ter voorkoming van belastingafstel. Daarentegen is de visie van Egelie en Bobeldijk wat concreter. Het moment van de verstrekking is bij hen juist doorslaggevend om vast te stellen of er sprake is van een uitdeling. Die visie is wel moeilijk te bewijzen, aangezien het afhankelijk is van de subjectieve factoren. Bovendien vangt de navorderingstermijn aan bij de geldverstrekking. Daarom kan worden gesteld dat Staatssecretaris en Albert, gezien vanuit de uitvoeringsproblemen, de juiste methode hanteren. Bij kwijtschelding is vaststellen van het uitdelingsmoment makkelijker, maar het nadeel is wel dat er bij insolventie van de AB-houder belastingafstel kan ontstaan.

2.6 Winsten oppotten

Uit het Bouwstenenbesluit kan er worden gedestilleerd dat vennootschappen verschillende beweegredenen kunnen hebben om niet alle winsten te laten uit te keren, maar op te potten.¹⁰⁰ Zo blijkt dat de AB-houders liever geen winst uitkeren als zij met de liquide middelen de vennootschap rendabeler kunnen maken. De vennootschap kan de beschikbare overtollige middelen herinvesteren

⁹⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, 9 maart 2018, Nr. 2018-27139

⁹⁷ Albert, TFO 2014/134.1

⁹⁸ Albert, NTFR Beschouwingen 2015/9

⁹⁹ Egelie, NTFR 2008/2375

¹⁰⁰ Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – Belasten van aanmerkelijk belang 2020, p.33

om verder te kunnen groeien of te gaan beleggen. Volgens de wetgever is de keuze om dividend wel of niet uit te keren niet alleen gebaseerd op economische redenen. Zij vinden dat fiscale motieven ook een rol spelen. In het Bouwstenenbesluit wordt er veronderstelt dat er in zulke gevallen geen herinvestering plaats vindt, echter arbitrage over het motief om belastingheffing van de AB-houder uit- en af te stellen.¹⁰¹

Bovendien zorgt de hybride positie van de DGA voor een onwenselijke prikkel om liquide middelen als geldlening uit de diens vennootschap te onttrekken. Hiermee wordt het heffingsmoment in box 2 ontweken. Deze ambitie om het belasting uit- en af te stellen lijkt aanleiding te zijn voor het kabinet om met de RC-maatregel het excessief leengedrag van de AB-houders aan te pakken.¹⁰² Gevaar van belastinguit- en afstel is echter afhankelijk van de soort lening. Zo is de kans op uitstel bij EWS en beleggingen minder ten opzichte van consumptieve uitgaven.¹⁰³ Aangezien de DGA gebruik zal willen maken van de renteaftrek op de eigen woning en de schulden meestal bij verkoop van beleggingen worden afgelost, terwijl bij consumptieve uitgaven het er niet van komt om uit privémiddelen af te lossen.¹⁰⁴

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de vraag: *Hoe worden leningen in de relatie tussen de AB-houder en zijn eigen vennootschap in het huidige fiscale stelsel behandeld?* Hiervoor is er een jurisprudentie onderzoek uitgevoerd, gekeken naar de behandeling van leningen en de problemen in de huidige stelstel.

Uit dit onderzoek is gebleken dat de Inspecteur met het huidige stelsel in staat is om een lening in de AB-heffing te betrekken door de lening fiscaal te herkwalificeren. Hierdoor kan er met de bestaande bestrijdingsmiddelen theoretisch belastinguitstel bestreden worden en is er geen belastingafstel mogelijkheid.

De informatie-asymmetrie maakt het proces in de praktijk echter tijdrovend en subjectief. Bovendien schieten de grenzen van de uitvoerings- en toezichtscapaciteit bij de Belastingdienst tekort, waardoor de huidige bestrijdingsmiddelen niet tijdig en juist kunnen worden ingezet. Daarnaast is het ook lastig voor de inspecteur om de definitieve vermogensverschuiving te koppelen aan het jaar waarin uitdeling in aanmerking moet worden genomen. Dit probleem doet zich vooral voor bij de sluimerende toename van een RC. Als gevolg van de 5 jaar-navorderingstermijn kan er in sommige situaties alsnog afstel ontstaan. Dit geldt ook voor de onzakelijke leningen, de bevoordeling en de bewustheid van de bevoordeling vormen een zware bewijslast voor de inspecteur.

Doordat het huidige stelsel een tijdrovende en arbeidsintensieve bewijslast met zich meebrengt kunnen de excessieve leningen van de DGA's bij de eigen vennootschap niet in de heffing worden getrokken. Hierdoor kan er belastinguit- en afstel ontstaan. De wetgever wil de huidige problemen voorkomen door introductie van een nieuwe maatregel. In het volgende hoofdstuk zal de desbetreffende maatregel worden toegelicht.

¹⁰¹ Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – Belasten van aanmerkelijk belang 2020, p.37

¹⁰² Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.7

¹⁰³ Van Brummen en Tydeman-Yousef, WFR 2019/59, p.2

¹⁰⁴ Van Brummen en Tydeman-Yousef, WFR 2019/59, p.2

HOOFDSTUK 3: WET 'EXCESSIEF LENEN BIJ EIGEN VENNOOTSCHAP'

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de tweede deelvraag centraal: *Welke doelen worden er met het wetsvoorstel beoogd en hoe is het wetsvoorstel vormgegeven?* In dit hoofdstuk wordt allereerst onderzocht wat de doel en strekking is van het wetsvoorstel vervolgens zal het wetsvoorstel worden afgepeld en de verschillende aspecten en consequenties worden geschetst.

3.2 Doel en strekking wetgeving

Volgens de wetgever is de gemiddelde schuld van een AB-houder bij een eigen vennootschap in de laatste tien jaar aanzienlijk toegenomen en brengt dit een grote uitstaande schuld financiële risico's met zich mee.¹⁰⁵ De wetgever heeft echter geen rekening gehouden met het aantal AB-houders dat in hetzelfde tijdperk is toegenomen.¹⁰⁶ Hierdoor wordt er een vertekend beeld geschetst. De gemiddelde schuld met uitzondering van de EWS is intussen minder dan €60.000 toegenomen. Hier zal in hoofdstuk 4.4.2 verder op worden ingegaan.

De wetgever onderschrijft dat er bij een geldverstrekking aan de AB-houder het risico bestaat dat de lening niet kan worden terugbetaald. Doordat de DGA door een geldverstrekking over liquide middelen beschikt vindt er in beginsel geen heffingsmoment plaats. De DGA kan hierdoor belastingheffing uitstellen. Daarom moet met het wetsvoorstel de omvang van de leningen worden teruggedrongen. De wetgever wil dit ontmoedigen door belastingheffing over excessieve (bovenmatige) leningen te laten aansluiten bij het 'feitelijk onttrekkingsmoment', alhoewel de verstrekte lening op de balans wordt opgenomen.¹⁰⁷ Dit bovenmatige deel van de schulden wordt aan het einde van het kalenderjaar op grond van het nieuwe wetsartikel 4.13 Wet IB vastgesteld.¹⁰⁸ Hierdoor kan de DGA zelf het heffingsmoment niet meer bepalen. Dit zal verder in 4.4.2 worden beschouwd.

Een ander aspect is dat de wetgever het onwenselijk acht als er zich belastingafstel voordoet.¹⁰⁹ Volgens de Staatssecretaris is er hiervan sprake op het moment dat een vordering op de AB-houder in de heffing zou moeten worden betrokken, maar dat hij hier niet aan kan voldoen omdat de vennootschap failliet is en de AB-houder niet solvabel is om de schulden af te lossen.¹¹⁰ In dat geval vindt er een definitieve vermogensverschuiving vanuit het vermogen van de vennootschap naar de AB-houder plaats. Deze situaties zullen echter zeer uitzonderlijk voorkomen in de doelgroep waar het wetsvoorstel op ziet, want ik neem aan dat de meeste AB-houders solvabel genoeg zullen zijn om hun schulden te kunnen aflossen. Hier zal er in 4.4 verder op worden ingegaan.

Tot slot wordt zoals uit hoofdstuk 2 blijkt in de praktijk vaak discussie gevoerd tussen de belastingplichtige en de Inspecteur. Het huidige stelstel vergt bij het beoordelen van de schuldverhoudingen veel toezichtcapaciteit van de Belastingdienst.¹¹¹ Dit is volgens de wetgever ook onwenselijk. Uit de praktijk blijkt dat veel DGA's en adviseurs weigeren om mee te werken aan vermindering van de RC-verhouding en wordt er ook vaak onderhandeld om de RC af te bouwen.¹¹² In de praktijk wordt er vaak met de belastingplichtige een vaststellingsovereenkomst afgesloten.¹¹³ Ook kan het voorkomen dat er geen compromis wordt gesloten, dan wordt er geprocedeerd over de vraag of een RC-schuld fiscaal geherkwalificeerd moet worden of een onzakelijke lening vormt. Bij een gerechtelijke procedure beschikt de rechter over beoordelingsvrijheid. Nadeel hiervan is dat bij afweging van de rechter, het voor de Inspecteur lastig kan zijn om zijn standpunt aannemelijk te maken. Dit komt doordat er geen vaste richtlijnen zijn. Als gevolg hiervan bestaat het risico dat de

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7, p.6

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7, p.43

¹⁰⁷ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.4

¹⁰⁸ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.13

¹⁰⁹ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.10

¹¹⁰ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.6

¹¹¹ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.7

¹¹² Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p.49

¹¹³ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.7

onzakelijke lening of fiscaal geherkwalificeerde leningen niet binnen de navorderingstermijn kunnen worden vastgesteld.

3.3 Contouren van het Wetsvoorstel

Beknopt houdt het Wetsvoorstel in dat excessieve leningen van de AB-houders bij diens vennootschap door middel van de maatregel worden bestreden. Dit kan door het bovenmatige deel als een fictief voordeel aan het einde van het kalenderjaar in aanmerking te nemen.¹¹⁴ In de navolgende paragrafen zal het wetsvoorstel in hoofdlijnen worden toegelicht.

3.3.1 Het fictief regulier voordeel

In artikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 van het voorgestelde wetsartikel is het volgende zinsnede opgenomen:

“Het bovenmatige deel van schulden die de belastingplichtige, zijn partner of de belastingplichtige tezamen met zijn partner rechtens dan wel in feite direct of indirect heeft bij vennootschappen waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft (het fictief reguliere voordeel), waarbij onder schulden wordt verstaan: alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen.”¹¹⁵

De AB-houders zijn dus op grond van het voorgestelde wetsartikel IB verschuldigd in box 2 voor zover zij op de jaarlijkse peildatum meer dan €500.000 hebben geleend bij hun vennootschap(en) en indien er in het voorgaande jaar niet over het ‘excessieve leningsdeel’ als fictief regulier voordeel in de AB-heffing is afgerekend. Door deze maatregel wordt de belastingheffing over bovenmatige leningen van de eigen vennootschap op het feitelijke onttrekkingsmoment van de betreffende liquide middelen aangesloten.¹¹⁶ Hierdoor kan de AB-houder of de met hem verbonden persoon die een bovenmatige geldverstrekking is aangegaan geen belasting uit- en afstellen. In de MvT is dit echter niet zuiver opgenomen, want het feitelijke onttrekkingsmoment kan veel eerder liggen. Er kan bijvoorbeeld in 2010 €800.000 zijn opgenomen en tot heden niet zijn terugbetaald, waardoor dus het bovenmatige pas in 2023 wordt uitgedeeld.

De voorgestelde maatregel heeft een beperkte reikwijdte. Zo heeft het alleen werking voor de bepaling van het inkomen uit AB van de IB. Als gevolg hiervan werkt de maatregel niet door naar de andere fiscale wet- en regelgeving, zoals box 1 en box 3 van de IB, VPB en de dividendbelasting.¹¹⁷ Door deze beperking beoogt de wetgever de uitvoeringslast voor zowel de AB-houder als voor de Belastingdienst zo gering mogelijk te houden.¹¹⁸ Door de fictie kwalificeert de lening van de AB-houder als een inkomen dat wordt genoten in box 2. Deze fictie heeft echter geen civielrechtelijke betekenis, waardoor de lening civielrechtelijk blijft voortbestaan en voor de AB-houder de rente- en aflossingsverplichtingen. Dit heeft tot gevolg dat er geen wijzigingen plaatsvinden voor de waardering van de vordering op de AB-houder op de fiscale balans en dat de vennootschap de ontvangen rentevergoeding over de gehele lening moet verantwoorden in haar resultatenrekening.

Door verscheidene auteurs werd er kritiek geuit op het conceptwetsvoorstel, met name op het risico van een economische dubbele belastingheffing. Deze meervoudige heffing kon tot stand komen als het bovenmatig deel van de schuld werd afgelost door dividend uit te keren of door een kwijtschelding.¹¹⁹ In dergelijke situaties werd er geen voorkoming van dubbele belasting verleend. Door in het wetsvoorstel ook een negatief voordeel op te nemen is dit risico voorkomen. Een negatief fictief voordeel wordt in aanmerking genomen als de totale kwalificerende schulden aan het einde van

¹¹⁴ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.7-8

¹¹⁵ Voorgestelde wetsartikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001

¹¹⁶ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.3

¹¹⁷ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.7, p.22

¹¹⁸ Indien de maatregel gevolgen had voor andere boxen, zou de schuld in box 3 vallen, waardoor de schuld de rendementgrondslag voor het inkomen uit sparen en beleggen zou verlagen. Dit wordt dus door de fictie te beperken tot de AB-regeling voorkomen. zie Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.7-8

¹¹⁹ Zie hiervoor de Brief van de Commissie wetsvoorstellen van de NOB van 16 april 2019

het kalenderjaar minder dan het maximumbedrag bedragen.¹²⁰ Volgens het voorgestelde nieuwe artikel 4.14a lid 1 Wet IB 2001 bedraagt dit negatief fictief regulier voordeel ten hoogste het bedrag dat eerder als positief fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen. Vervolgens wordt het maximumbedrag tot ten minste €500.000 verlaagd met het in aanmerking genomen negatief voordeel.

Een AB-houder kan in de loop der jaren geen (fictief) AB meer in de vennootschap hebben. In dat geval wordt de totale kwalificerende schulden geacht nihil te zijn. Als gevolg hiervan wordt er dan ook een negatief fictief voordeel in aanmerking genomen. Deze systematiek zorgt ervoor dat er geen economische dubbele belasting ontstaat, als de AB-houder zijn schulden zou willen aflossen met dividenduitkering. Want zonder een dergelijke regeling zou deze schuld meervoudig worden belast. Als eerste zou er een heffing plaatsvinden bij het in aanmerking nemen van het fictief regulier voordeel en ten tweede als regulier voordeel ten aanzien van de dividenduitkering. Dit houdt niet in dat er geen dubbele heffing meer kan optreden. Hoe er meervoudige heffing kan ontstaan zal in 4.4.3 worden toegelicht.

3.3.2 De groep belastingplichtigen

Uit de Nota en het voorgestelde wetsartikel 4.13 lid 1 onderdeel f Wet IB 2001 blijkt dat de regeling niet alleen van toepassing is op belastingplichtigen die een AB hebben op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001, maar ook op belastingplichtigen die een AB hebben op grond van afdeling 4.3 van de Wet IB 2001.¹²¹ Dit betekent dat ook belastingplichtigen die een AB hebben op grond van de meesleep- en meetrekregeling geraakt worden. De wetgever heeft er bewust voor gekozen om bij de regeling geen rekening te houden met de grootte van het zelfstandige belang van diegene. Hiermee wil de wetgever bij de huidige wetsystematiek van box 2 aansluiten, omdat hier ook geen rekening wordt gehouden met de reguliere voordelen uit AB.

3.3.2.1 Partner

De maatregel geldt ook voor de vorderingen van een vennootschap van de partner van de AB-houder of gezamenlijk en met de AB-houder verbonden personen.¹²² De AB-houder wordt gezamenlijk met de fiscaal partner in de heffing betrokken voor zover de schulden boven het maximumbedrag zijn. Het surplus wordt gezien als een fictief inkomensbestanddeel. In beginsel wordt dit inkomensbestanddeel in aanmerking genomen bij degene die het inkomensbestanddeel geniet.¹²³ Dit inkomensbestanddeel mogen de AB-houder en zijn partner onderling vrij toerekenen, mits ze het gehele jaar als fiscaal partner worden aangemerkt.¹²⁴ Voor de regeling maakt het niet uit wie de schulden bij de eigen vennootschap is aangegaan en of de partner een AB-houder is.

In beginsel lijkt de toerekening geen problemen op te leveren. De NOB vraagt echter hoe de regeling uitwerkt voor partners, waarvan een van beiden woonachtig is in het buitenland.¹²⁵ In dergelijke situaties kwalificeren zij namelijk niet als fiscale partners.¹²⁶ De wetgever heeft voor de partnerregeling gekozen om te voorkomen dat de grondslag van de maatregel wordt uitgehold.¹²⁷ Uit dit voorbeeld blijkt dat hier niet geheel in wordt geslaagd. Dit voorbeeld van de NOB wordt door de wetgever niet verder toegelicht.¹²⁸ Er mag van worden uitgegaan dat de NOB de wetgeving correct heeft geïnterpreteerd, vanuit de doelstelling leidt de uitwerking tot onwenselijke gevolgen. Dit kan worden voorkomen door in dergelijke gevallen fictie op te nemen in het fiscaalpartnerschap, maar dat zorgt

¹²⁰ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p. 7-8

¹²¹ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7, p.19

¹²² Stevens, WFR 2019/71 De regeling voor verbonden personen geldt niet indien de verbonden persoon zelf een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap. In dat geval wordt de bovenmatig schuld in aanmerking genomen bij de AB-houder zelf, Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.18-19

¹²³ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.9

¹²⁴ Zie art. 2.17 Wet IB

¹²⁵ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.9-10

¹²⁶ Art.1.2 lid 4 onderdeel b Wet IB 2001. Daarnaast wordt er van uitgegaan dat ze niet hebben geopteerd voor de kwalificerende buitenlandse belastingplicht van art. 7.8 Wet IB 2001

¹²⁷ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.9

¹²⁸ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.11

weer tot complexiteit en druk op de uitvoeringscapaciteit van de Belastingdienst. In 4.4.1 zal dit onderdeel verder worden beschouwd.

3.3.2.2 Verbonden personen

Ook vallen de schulden die de met de AB-houder verbonden personen hebben aan de vennootschap van de AB-houder onder de voorgestelde maatregel. Onder een verbonden persoon wordt een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner verstaan.¹²⁹ Leningen van deze groep kunnen onder omstandigheden aan de AB-houder worden toegerekend.¹³⁰ Hier is sprake van als de schulden van verbonden personen meer bedragen dan €500.000 en de verbonden persoon zelf geen AB in de vennootschap heeft.¹³¹

Het kan voorkomen dat meerdere AB-houders van dezelfde vennootschap dezelfde verbonden persoon hebben. Denk aan een familiebedrijf, een opa met een AB-pakket van 96% en een zoon met AB-pakket van 4% en het kleinkind als debiteur. In dergelijke gevallen wordt de bovenmatige schuld van het kleinkind onder de verbonden AB-houders voor gelijke delen in aanmerking genomen.¹³² De wetgever heeft deze keuze genomen vanwege de eenvoud, omdat het zo niet noodzakelijk is om vast te stellen wat de AB van iedere AB-houder is.¹³³

In de literatuur is er veel kritiek over deze toerekeningsfictie, hier wordt dan ook in het volgende hoofdstuk dieper op ingaan.¹³⁴

3.3.3 De relevante schulden

Het wetsvoorstel onderschrijft dat bij het bepalen van de totale omvang van de schulden alle civielrechtelijke schulden van de AB-houder met zijn partner onder de voorgestelde maatregel vallen.¹³⁵ Ook als de AB-houder meerdere vennootschappen heeft met ieder afzonderlijke leningen. De rechten en vorderingen op de vennootschap worden wegens eenvoudsbehoud en uitvoerbaarheid niet gesaldeerd met de schulden. Volgens de wetgever is het irrelevant om een scheiding te maken in verschillende typen leningen.¹³⁶ De kredietwaardigheid van de AB-houder maakt hierbij niet uit. De wetgever vindt het dan ook niet wenselijk om een tegenbewijsmogelijkheid op te nemen.¹³⁷ Daarnaast leidt het onderscheid maken tussen gedekte en ongedekte leningen tot uitvoeringscomplexiteit voor de Belastingdienst en zorgt het voor extra administratieve lasten bij de belastingplichtigen, aldus de wetgever.¹³⁸ Ook zal de beoogde doelstelling niet bereikt worden als er een uitzondering zal worden gemaakt voor zakelijke schulden.¹³⁹ Dit kan betwist worden, want de tegenbewijsregeling houdt in dat de belastingplichtige actief moet aantonen dat de lening zakelijk is. Hierdoor zullen de problemen die in hoofdstuk 2 werden vastgesteld kunnen worden verholpen. Omkering van de bewijslast houdt in dat de belastingplichtige de subjectieve toets aannemelijk moet maken aan de Inspecteur, waardoor de uitvoeringslasten wel verlicht kunnen worden.

Geen onderscheid en saldering van schulden lijkt in strijd met de rechtszekerheid. Deze methode zorgt ervoor dat het in de jurisprudentie ontwikkelde huidige stelsel voor het bovenmatige deel buiten spel wordt gezet. Hierdoor vallen de bestaande schulden met een zakelijk karakter alsnog binnen de scope van de maatregel, wat leidt tot een inbreuk in het huidige stelsel. Volgens de wetgever is er rekening gehouden met rechtszekerheid door de maatregel al in 2018 aan te kondigen en de RC-maatregel pas in 2023 in werking te laten treden.¹⁴⁰ De wetgever acht dat een termijn van 5 jaar tussen aankondiging

¹²⁹ Art. 4.10 Wet IB Er wordt aangesloten bij de definitie die reeds bij de meetregel in Box 2 wordt gehanteerd.

¹³⁰ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.4 en 9

¹³¹ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.8-9

¹³² Art. 4.14b lid 3

¹³³ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7, p.29.

¹³⁴ Zie Heithuis, WFR 2020/13

¹³⁵ Art. 4.14a lid 1, MvT, Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.2-4

¹³⁶ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.9

¹³⁷ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496, nr.7, p.11

¹³⁸ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496, nr.7, p.1

¹³⁹ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496, nr.7, p.34-35

¹⁴⁰ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.11

en de inwerkingtreding van de wet voldoende is voor de AB-houders om hun schulden terug te brengen onder het maximumbedrag.¹⁴¹ De wetgever geeft dan ook aan dat er door een groot aantal AB-houders ondertussen al is geanticipeerd.¹⁴²

Ter voorkoming van misbruik vallen onder de reikwijdte van de maatregel ook de back-to-back situaties. In dergelijke situaties leent de vennootschap geld uit aan iemand anders dan de AB-houder, die vervolgens het doorleent aan de AB-houder. In het voorgestelde artikel 4.12 lid 1 onderdeel f wordt dit aangeduid met 'rechtens dan wel in feite direct of indirect'.¹⁴³ Hierbij kan er gedacht worden aan situaties waarbij de vennootschap geld verstrekt aan een persoon die dit vervolgens weer doorleent aan de AB-houder.

Ook vallen leningen die door garantstelling van de vennootschap aan de AB-houder zijn verstrekt onder deze maatregel. Maar als de garantstelling alleen leidt tot meer gunstige voorwaarden, zoals een lagere rente, dan geldt het weer niet omdat de belastingplichtige de lening ook op eigen kracht had kunnen aangaan bij de financiële instelling.¹⁴⁴

Anticiperen op de wetgeving kan in sommige gevallen leiden tot overdrachtsbelasting. Dit kan zich voordoen bij AB-houders die privé hun vastgoedportefeuille hebben gefinancierd. De overdrachtsbelasting kan een belemmering vormen bij de inbreng van de onroerende zaken naar de vennootschap. De wetgever heeft aangegeven dat zij bij een eenmalige overdrachtsbelasting vrijstelling onwenselijk vinden en dat er meerdere manieren zijn waarop AB-houders kunnen anticiperen.¹⁴⁵ In beginsel zorgt dit voor overkill, omdat de belastingplichtigen mogelijk onterecht belast worden met een andere belastingheffing. Een andere mogelijkheid is om de schulden te herfinancieren bij een bank.¹⁴⁶ Een bank zal onder zakelijke voorwaarden dit al te graag willen doen, gezien zij nu hun geld bij de ECB stallen. De kosten zullen dan beperkt zijn tot een hypotheekakte. Met de ontvangen gelden zouden de AB-houders de RC's kunnen aflossen. Hiermee lijkt een uitzondering voor de overdrachtsbelasting overbodig en kan een vrijstelling tot misbruiksituaties leiden, vooral in de huidige situatie waarbij de prijzen van onroerende zaken enorm snel stijgen. Zo kan de AB-houder enorme winst behalen in box 3 voordat hij zonder overdrachtsbelasting zijn vastgoedportefeuille in de vennootschap overbrengt.

In beginsel vallen ook de EWS onder het begrip schulden, echter zijn deze schulden op grond van artikel 4.14a, vijfde lid Wet IB, onder bepaalde voorwaarden uitgezonderd.¹⁴⁷

3.3.4 Maximumbedrag

Zoals eerder aangegeven geldt er een kwantitatieve grens van €500.000 om het bovenmatige deel van een schuld te bepalen. Een AB-houder kan van meerdere vennootschappen waarin hij een AB heeft geld lenen. Deze leningen worden samengenomen om voor de heffing, de omvang van de schulden boven het maximumbedrag vast te kunnen stellen. Op grond van het voorgestelde artikel 4.14b lid 1 Wet IB 2001 wordt het maximumbedrag verhoogd met de eerdere fictieve reguliere voordelen waarover al IB is geheven. Hiermee wordt voorkomen dat er jaarlijks over hetzelfde bovenmatige gedeelte van de schulden een fictief regulier voordeel in de belastingheffing opnieuw wordt betrokken.¹⁴⁸

Uit de Nota van het wetsvoorstel kan worden gesteld dat de grens van €500.000 is gelegen in de grootte van het gemiddelde leenbedrag, de totale schuld en de verdeling van de totale schuld over het

¹⁴¹ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.11&35

¹⁴² Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.35

¹⁴³ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.14

¹⁴⁴ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.7

¹⁴⁵ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.42

¹⁴⁶ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.42

¹⁴⁷ De EWS worden afgezonderd van de maatregel, indien hiervoor een hypotheekrecht wordt gevestigd ten gunste van de vennootschap.

¹⁴⁸ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.17

aantal AB-houders.¹⁴⁹ Door voor dit maximumbedrag te kiezen valt slechts naar verwachting maximaal 3% van de totale groep AB-houders uiteindelijk onder de reikwijdte van het wetsvoorstel.¹⁵⁰ Bij het vaststellen van dit bedrag is er gezocht naar een goede balans tussen effectiviteit en het aantal AB-houders. Bij een hoger maximumbedrag zou volgens de wetgever het signaal aan de AB-houders, die minder dan het maximumbedrag lenen, minder effectief zijn.¹⁵¹

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de vraag: *Welke doelen worden er met het wetsvoorstel beoogd en hoe is het wetsvoorstel vormgegeven?* Hiervoor zijn de kamerstukken, besluiten en is artikelsgewijs het wetsontwerp onderzocht.

Het huidige belastingstelsel biedt de AB-houders de mogelijkheid om over liquide middelen te beschikken zonder hierover belasting te betalen. Dit vindt de wetgever onwenselijk en wil door het wetsvoorstel de AB-houders ontmoedigen om excessieve schuldverhoudingen bij de eigen vennootschap aan te gaan. Hiermee moet belastinguit- en afstel worden voorkomen en de uitvoeringslasten van Belastingdienst worden verlicht. Het wetsvoorstel heeft als gevolg dat de AB-houders vanaf 2023 over een fictief regulier voordeel belast worden in box 2 als zij meer dan het maximumbedrag aan schulden hebben bij de eigen vennootschap(pen).

Om de doelstellingen te kunnen bewerkstelligen heeft de wetgever gekozen voor een robuuste wetgeving. Daardoor raakt de RC-maatregel, naast alle AB-houders, ook de partners en/of verbonden personen. Bij het bepalen van de totale kwalificerende schulden vallen ongeacht de zakelijkheid van de lening, alle schulden bij de vennootschap, met uitzondering van de EWS. Het maximumbedrag zorgt dat slechts 3% van de AB-houders in de reikwijdte van de maatregel vallen, waardoor de noodzakelijk van het wetsvoorstel afgevraagd kan worden. Of de robuuste vormgeving zijn doel voorbijschiet, zal in het volgende hoofdstuk worden onderzocht.

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496, nr.7, p.43

¹⁵⁰ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.38-39

¹⁵¹ Kamerstukken II, 2020/2021, 35 496, nr.9, p.38

HOOFDSTUK 4: DE VERHOUDING TUSSEN HET HUIDIGE STELSEL EN HET WETSVORSTEL

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vierde deelvraag centraal: *Hoe verhoudt het wetsvoorstel zich tot de huidige fiscale behandeling van leningen en welke knelpunten bevat de voorgestelde wet?*

Zoals uit hoofdstuk 2 blijkt is er in de jurisprudentie al een ‘systeem’ ontwikkeld om onzakelijke geldverstrekkingen in de heffing te betrekken. Na invoering van de Wet ‘Excessief lenen’ zal deze jurisprudentie onverkort rechtsgeldig blijven. Dit betekent dat twee systemen vanaf 1 januari 2023 naast elkaar voortbestaan. Daarnaast hebben verscheidene auteurs kritiek geleverd op het wetsvoorstel. In deze hoofdstuk zal er dan ook worden onderzocht of deze kritiek terecht is. Tot slot zal er een afweging gemaakt worden tussen beide stelsels en een antwoord worden gegeven of het wetsvoorstel daadwerkelijk overkill bevat.

4.2 Nut en noodzaak

De wetgever wil de uitvoeringslasten van de Belastingdienst verlichten door discussies en het leveren van bewijslast over schuldverhoudingen van meer dan € 500.000 niet te voeren. Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat het huidige stelsel de nodige capaciteit vergt van de inspecteur. Het wetsvoorstel wil dit uitvoeringsprobleem aanpakken en het onbeperkt lenen van de eigen vennootschap beëindigen. Dat kan in het huidige stelsel door tegen elke DGA te procederen, maar het kan ook op de manier die nu wordt voorgesteld. De vraag die dan rijst is hoezeer het wetsvoorstel de doelstellingen en in het bijzonder bijdraagt bij het verlichten van de uitvoeringslasten voor leningen onder het maximumbedrag. Gelet op tabel 1 bestaat er voor 97% van de AB-houders nog altijd de mogelijkheid tot het voeren van tijdrovende discussies open. Overigens geldt dit ook voor 11.000 AB-houders voor het gedeelte van hun schulden onder het maximumbedrag.

De wetgever verdedigt de noodzaak van het wetsvoorstel met het argument dat langdurig uitstel van belastingheffing wordt tegengegaan. Dit argument kan volgens Register Belastingadviseurs betwijfeld worden omdat langdurig uitstel van belastingheffing inherent is aan het box 2-systeem en volgens mij er dus geen correlatie bestaat met het verstrekken van ‘excessieve’ leningen aan de AB-houder.¹⁵² Er vindt namelijk ook uitstel plaats als de vennootschap geen lening verstrekt aan de AB-houder. In dat geval worden de winstreserves van de vennootschap ook niet in de belastingheffing betrokken, omdat er geen definitieve vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Het is dan ook irrelevant dat de AB-houder over de middelen kan beschikken door middel van een lening, omdat hij dit ook kan doen door een lening aan te gaan bij een niet-verbonden persoon. In beide gevallen dient hij te voldoen aan het terugbetalingsvereiste en is er dus geen sprake van een AB-inkomen.

Dan is de vraag, wanneer is er wel sprake van belastingafstel? In het huidige stelsel is daar sprake van als de AB-houder inkomen uit AB geniet en dit niet binnen de navorderingstermijn wordt vastgesteld. Dit wordt echter door het wetsvoorstel aangepakt, omdat het een onbeperkt materiaal terugwerkende kracht heeft.

De wetgever heeft in de MvT een voorbeeld gegeven over wanneer er sprake is van afstel. Boer en Heithuis vinden dat het voorbeeld van de Staatssecretaris geen verduidelijking biedt en twijfelen of dit inhoudelijk wel correct is.¹⁵³ Volgens hen kan er voor het faillissement een winstuitdeling worden geconstateerd, wat leidt tot belastingheffing in box 2. In dat geval kan de belastingschuld tijdig worden vastgesteld en geïnd. Volgens de auteurs kan er sprake zijn van afstel, als het faillissement van de vennootschap en de insolventie van de AB-houder te herleiden is naar de verstrekte lening. Het is volgens hen dan niet terecht om te spreken van ‘afstel’ van belastingheffing, omdat de vennootschap in geval van een faillissement niet in staat is om de lening op te eisen en er geen sprake kan zijn van een eventuele uitdeling. De solvabiliteit van de AB-houder is in dit geval relevant. Als de vennootschap failliet wordt verklaard, maar de AB-houder in privé wel over vermogen bezit zal de volwaardige

¹⁵² RB, 2019, p.2

¹⁵³ Boer en Heilthuis, WFR 2020/170, p.3

vordering tot de belaste liquidatie-uitkering behoren. Er kan dan niet gesproken worden van een afstel. Bovendien speelt deze kwestie alleen bij leningen die voor consumptieve doeleinden zijn verstrekt. In de MvT is hier geen rekening mee gehouden. Gelet op de magere onderbouwing is het dan ook ongepast om te spreken van ‘bestrijding van belastingafstel’.

Volgens Brummen en Tydeman-Yousef is er ook geen afstel mogelijk, mits de bestrijdingsmiddelen correct worden toegepast.¹⁵⁴ Volgens hen is het vaststellen van een uitdeling en het daaraan koppelen van de verstreken navorderingstermijn niet helemaal correct. Volgens de auteurs kan er sprake zijn van afstel bij de bodemlozeputlening en schijnlening, als de inspecteur niet tijdig verkapte winstuitdeling heeft vastgesteld. Dit betekent dus dat er in de visie van de auteurs sprake is van afstel, als de inspecteur de navorderingstermijn laat verstrijken en pas achteraf tot de conclusie komt dat er sprake was van een verkapte winstuitdeling. Het probleem dat zich hier voordoet is namelijk dat niet de huidige wetgeving en de jurisprudentie ontoereikend zijn, maar de uitvoerings- en toezichtcapaciteit om het materiële omslagpunt binnen de navorderingstermijn vast te stellen.

Een navorderingsaanslag kan worden opgelegd als er later blijkt dat de aanslag ten onrechte achtergehouden is of als de aanslag te laag is vastgesteld. Voor de Inspecteur kan dit gezien worden als laatste instrument om toch nog een correcte aanslag op te kunnen leggen. In artikel 16 lid 1 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen staat in de tweede volzin dat:

‘Een feit, dat de inspecteur bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, kan geen grond voor navordering opleveren, behoudens in de gevallen waarin de belastingplichtige ter zake van dit feit te kwader trouw is.’¹⁵⁵

Hieruit kan er gedestilleerd worden dat de navorderingsaanslag niet als instrument kan worden ingezet om een ambtelijk verzuim te corrigeren. Bovendien kan afstel worden voorkomen door tijdig in te grijpen. Daarnaast is het voor de Inspecteur alsnog mogelijk om een navorderingsaanslag op te leggen bij een eventueel nieuw feit. Het is bij de beoordeling of er ambtelijk verzuim of sprake is van een nieuw feit van belang wanneer het nieuwe feit bekend wordt en of dat de inspecteur het wist of had kunnen weten ten tijde van de inhoudelijke beoordeling en vaststelling van de aanslag.¹⁵⁶

4.3 Verhouding tussen huidige stelsel en het Wetsvoorstel

4.3.1 Samenloop van bestrijdingsmiddelen

4.3.1.1 Verkapte winstuitdeling & het Wetsvoorstel

Volgens het Wetsvoorstel is er sprake van een excessieve lening als de AB-houder een bovenmatige schuld aangaat bij zijn eigen vennootschap. Door de fictie wordt het bovenmatige deel als fictief regulier voordeel in de AB-heffing betrokken. Zoals uit hoofdstuk 2 blijkt, is er volgens het huidige fiscaal stelsel sprake van een verkapte winstuitdeling als er niet wordt voldaan aan het terugbetalingsvereiste. Hierdoor kan er in beginsel een samenloop ontstaan bij de situaties waarbij de al bestaande instrumenten en het nieuw geïntroduceerde instrument op dezelfde lening van toepassing zijn. Ter voorkoming van deze dubbele heffing heeft de wetgever echter in het vierde lid van artikel 4.14b Wet IB het volgende opgenomen:

“Voor zover ter zake van schulden een regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.12, onderdeel a, niet zijnde een fictief regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, in aanmerking is genomen, worden die schulden niet in aanmerking genomen als schulden zoals bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid.”¹⁵⁷

In het artikel ‘Nut en noodzaak van de maatregel’ onderschrijven de auteurs een belangrijk punt: het onderscheid tussen de fiscaal-theoretische kwalificatie, waarbij de kwalificatie van de geldverstrekking

¹⁵⁴ Van Brummen en Tydeman-Yousef, WFR 2019/59, p.3

¹⁵⁵ Art. 16 lid 1 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen

¹⁵⁶ HR, 15 maart 1995

¹⁵⁷ Zie art. 4.14b lid 4 Wet IB 2001

plaatsvindt op het moment van de geldverstrekking en het moment dat daadwerkelijk in de praktijk de lening door de inspecteur wordt geherkwalificeerd.¹⁵⁸ Door de fiscaal-theoretische kwalificatie is artikel 4.14b lid 4 Wet IB 2001 van toepassing. Dit betekent dat de schuld die als regulier voordeel in de heffing is betrokken niet meer als een excessieve lening aan het einde van het kalenderjaar in aanmerking kan worden genomen.

Dit is niet in lijn met de praktijk, want een lening is een lening tot de Inspecteur aannemelijk maakt dat het een winstuitdeling is. Door verschil in heffingsmomenten van de stelsels kan er in sommige situaties een samenloop tussen het fictief regulier voordeel en met hetgeen dat achteraf door de inspecteur als een regulier voordeel wordt aangemerkt ontstaan. In dergelijke gevallen wordt de samenloop vervolgens gecorrigeerd door een negatief fictief regulier voordeel.

Dit zal ik verduidelijken aan de hand van een voorbeeld:

Fiscaal theoretische uitwerking: Stel dat een DGA een schuld heeft van €1.500.000 in 2023. Hiervan is eigenlijk €700.000 op grond van het huidige stelsel te kwalificeren als reguliere voordeel. Dit betekent dat het overige na invoering van de maatregel gekwalificeerd moet worden als fictief regulier voordeel.

Dit is echter in praktijk niet vastgesteld.

De praktische uitwerking: Na invoering van het wetsvoorstel wordt de DGA in 2024 belast voor €1.000.000 als fictief regulier voordeel. Vervolgens maakt de inspecteur in 2025 aannemelijk dat €700.000 wordt gekwalificeerd als een verkapte winstuitdeling. Dit betekent dat er een samenloop ontstaat, waarbij artikel 4.14b lid 4 Wet IB 2001 van toepassing is. In dat geval dient er een negatief fictief regulier voordeel in aanmerking genomen te worden voor €700.000.

Door de praktische uitwerking van de maatregel kan worden gesteld dat het wetsvoorstel niet uitvoeringslasten verlichtend is. In het huidige stelsel wordt er namelijk alleen bij een vermoeden van een verkapte winstuitdeling of onzakelijke lening een onderzoek gestart. Dit zal echter veranderen na de invoering van de maatregel; de Belastingdienst dient dan alle leningen van de AB-houder overzichtelijk te maken. Volgens Van Strien is het bij compliance werkzaamheden zeer lastig om alle indirecte leningen van AB-houders overzichtelijk te krijgen.¹⁵⁹ De maatregel heeft dan ook een averechtse werking, omdat het juist zal zorgen voor een toename van administratieve lasten bij de adviseurskant en toename van controle bij de Belastingdienst. Hierbij kan er gedacht worden aan het monitoren van de leningen bij de eigen vennootschap, corrigeren van de aangifteformulieren, corrigeren van schuldposities en jaarlijkse aanpassingen van het maximumbedrag. De NOB merkte terecht op dat hiermee de 'schulden' van een belastingplichtige jaarlijks kunnen veranderen.¹⁶⁰ Bij een vennootschap met meerdere AB-houders kan dit voor problemen zorgen, want het te bepalen maximumbedrag aan schulden moet bij iedere AB-houder jaarlijks afzonderlijk bepaald worden.¹⁶¹ Door verschillende schuldposities kan in de loop der jaren een uiterst gecompliceerd beeld ontstaan zowel voor de AB-houder als de Belastingdienst.¹⁶² Deze fluctuerende 'schulden' maken de uitvoering verre van eenvoudig en ook zeer foutgevoelig, waardoor er onjuiste verantwoording van de schuldpositie in de aangifte IB kan ontstaan.¹⁶³ Ter voorkoming van fouten kan het nieuwe maximumbedrag jaarlijks bij de aanslag IB vast worden gesteld in een voor bezwaar vatbare beschikking.¹⁶⁴ Het voordeel van deze methode is dat dit niet leidt tot lastenverzwaring voor de Belastingdienst, omdat de al bestaande regeling in afdeling 4.7 over het verkrijgen van een beschikking uitgebreid kan worden.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Van Brummen en Tydeman-Yousef, WFR 2019/59 p.4

¹⁵⁹ Muller, Taxlive.nl

¹⁶⁰ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.15-16

¹⁶¹ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.13

¹⁶² Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.13

¹⁶³ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.13

¹⁶⁴ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.13

¹⁶⁵ EJP, Consultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap 2019, p.4

Door de samenloop zullen de werkzaamheden bij de Belastingdienst incidenteel toenemen met drie Fulltime-equivalent (hierna: Fte) en structureel afnemen met 1.5 Fte.¹⁶⁶ Dit wordt verklaard door de te verwachten nieuwe discussies over de verrekening van negatieve en positieve fictief reguliere voordelen en over de zakelijkheid van in vennootschappen ondergebrachte activa met een privé-karakter, hierbij valt te denken aan panden die zowel als eigenwoning als bedrijfspand worden gebruikt. De maatregel zal daardoor op termijn per saldo tot een beperkte complexiteitsreductie leiden, aldus de uitvoeringstoets.

Volgens NOB kan om de uitvoeringlasten te verlichten een documentatieverplichting of een aanpassing in de bewijslastverdeling worden ingevoerd.¹⁶⁷ Dit kan dan worden bewerkstelligd door een differentiatie aan te brengen in de bewijslastverdeling aan de hand van de omvang van leningen. Bij een omvang van meer dan €500.000 ligt de bewijslast dan bij de belastingplichtige en niet bij de Belastingdienst. Van Brummen en Tydeman-Yousef zijn het eens met de NOB, zij willen dat de wetgever het lenen bij de eigen vennootschap anders reguleert en wel beantwoordt aan de eisen van redelijkheid.¹⁶⁸ Het wetsvoorstel beperken tot consumptieve schulden is in lijn met het huidige stelsel. Daarentegen zal dit ten koste zijn van de uitvoeringslasten en zal de voorgestelde maatregel complexer worden.

4.3.1.2 Onzakelijke lening en het wetsvoorstel

Uit het Wetsvoorstel vloeit voort dat bovenmatige leningen gekwalificeerd worden als een excessieve lening en wordt er een fictief regulier voordeel in aanmerking genomen. Het kan ook zijn dat de betreffende lening gekwalificeerd wordt als een onzakelijke lening, dan is het een excessieve onzakelijke lening. In beginsel heeft dit geen gevolgen voor de AB-heffing, dat verandert pas wanneer de lening wordt kwijtgescholden. In dat geval is er sprake van een winstuitdeling, daarmee treedt het vierde lid van artikel 4.14b Wet IB 2001 in werking.

Er vindt dan pas een definitieve vermogensverschuiving plaats en dient er een regulier voordeel in aanmerking te worden genomen. Hierdoor vindt er een vermindering plaats van de kwalificerende schulden voor de vaststelling van het bovenmatige deel. Dit resulteert erin dat als er eerder een positief fictief regulier voordeel in aanmerking is genomen, dit weer wordt gecorrigeerd door een negatief fictief regulier voordeel. Het voordeel hiervan is dat er geen belastingafstel kan ontstaan voor het bovenmatige deel. Aanvankelijk kon dit wel bij onzakelijke leningen voorkomen. Dit wordt voorkomen doordat het fictieve regulier voordeel niet bij kwijtschelding of afwaarderingsverlies intreedt, maar bij een bovenmatige schuld. Bij samenloop zorgt het dus voordat de AB-heffing vervroegd wordt en veilig wordt gesteld voor het bovenmatige deel van de schuld.

4.3.2 Huidige stelsel als bestrijdingsmiddel

Voor leningen onder een drempelbedrag van €500.000 is alleen het huidige stelsel van toepassing. Ze kunnen als schijnlening, bodemlozeputlening of als onzakelijke lening in de heffing worden betrokken. Uit de MvT blijkt dat er in 2016 circa 11.000 AB-huishoudens een schuld hadden meer dan €500.000. Uitgezonderd van de EWS hebben ongeveer 216.000 AB-huishoudens een lening bij hun eigen vennootschap. Dit betekent dat er bij 205.000 AB-huishoudens geen sprake is van een excessieve lening, echter wel mogelijk een verkapte winstuitdeling of onzakelijke lening.

Er is eerder aangegeven dat de EWS zijn uitgezonderd van de maatregel. Uit de MvT blijkt dat het gaat om een schuld van ongeveer €30 miljard in 2016.¹⁶⁹ Dit is een groot deel van de totale schulden. De EWS is echter geen 'safe haven', het is dus niet uitgesloten dat inspecteurs de tijdrovende uitdelingsdiscussies ook na invoering van het wetsvoorstel aan de orde kunnen stellen.¹⁷⁰ Uit de

¹⁶⁶ Uitvoeringstoets wet excessief lenen eigen vennootschap jo. FTE is een eenheid die de werklast van een werknemer uitdrukt. In dit geval gaat het om werknemer, die 36 uren per week werkzaam is.

¹⁶⁷ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.3

¹⁶⁸ Van Brummen en Tydeman-Yousef, WFR 2019/59

¹⁶⁹ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.4

¹⁷⁰ J.P. Boer, WFR 2019/70 p.1-2

jurisprudentie blijkt dat er sprake kan zijn van een uitdeling bij een aanzienlijk negatief vermogen van de belastingplichtige en waarbij de EWS aanmerkelijk hoger is dan de economische waarde van de woning.¹⁷¹

4.3.3 Artikel 4.14a Wet IB als bestrijdingsmiddel

Een AB-houder kan ook een lening aangaan van meer dan €500.000, die volgens de huidige jurisprudentie en formeel rechtelijke regels niet geherkwalificeerd kan worden als verkapte uitdeling. In zulke gevallen kan artikel 4.14a Wet IB als bestrijdingsmiddel ingezet worden, want voor artikel 4.14a Wet IB is het niet noodzakelijk dat er een definitieve vermogensverschuiving wel of niet heeft plaats gevonden. Hetzelfde principe geldt ook voor zakelijke schulden, waarbij er dus geen onzakelijk debiteurenrisico wordt gelopen. Deze schulden worden gekwalificeerd als kwalificerende schulden en vallen dus binnen het bereik van het desbetreffende artikel. Tot slot kan het zijn dat een lening eigenlijk geherkwalificeerd moet worden als winstuitdeling, maar dat de inspecteur er niet in slaagt zijn bewijslast aannemelijk te maken of dit niet binnen de navorderingstermijnen aannemelijk heeft gemaakt. In zulke gevallen is er dan geen sprake van een schijnlening, een bodemlozeputlening of een onzakelijke lening. Dit probleem wordt echter door het desbetreffende artikel aangepakt, omdat dit bestrijdingsmiddel geen navorderingstermijn of bewijslast met zich meebrengt.

4.4 Overkill en underkill in het Wetsvoorstel

In deze paragraaf zal het wetsvoorstel verder worden geanalyseerd. Het wetsvoorstel is op drie onderdelen beoordeeld: een eventuele overkill - in de groep belastingplichtigen - de relevante schulden en de heffingsystematiek. De onderdelen hebben met elkaar enige raakvlakken, maar zullen apart worden behandeld met inachtneming van de doelstellingen van de wetgever en in welke vorm het wetsvoorstel van het huidige stelsel afwijkt.

4.4.1 Groep belastingplichtigen

4.4.1.1 Partner

In 3.3.2.1 is de werkwijze van het Wetsvoorstel bij partners uitvoering behandeld. Deze werkwijze kan leiden tot ongewenste resultaten. Dit kan zich voordoen bij het aangaan of beëindigen van het partnerschap. Boer en Heithuis kaarten ook aan dat deze werkwijze kan leiden tot wetsystematisch ongelukkige uitkomsten.¹⁷² Boer en Heithuis noemen als voorbeeld twee personen die beiden AB-houder zijn van een vennootschap, waarvan zij ieder €450.000 hebben geleend. Door het aangaan van een fiscaal partnerschap dient er afgerekend te worden over een fictief regulier voordeel van €400.000. Dit is wel vreemd, omdat huwen normaliter binnen de wetsystematiek van de IB nooit leidt tot 'trouwbelasting'. Dit kan worden voorkomen door het maximumbedrag te verdubbelen bij partners, zoals bij andere regelingen in de Wet IB. Vervolgens is dan de vraag of het maximumbedrag voor mensen zonder partner verlaagd moet worden naar €250.000 of juist verhoogd moet worden voor partners tot €1.000.000. Mijns inzien dient het maximumbedrag verlaagd te worden. Anders zouden nog minder AB-houders onder de reikwijdte van de maatregel vallen.

4.4.1.2 Verbonden personen

In 3.3.2.2 werd besproken dat het bovenmatige deel van de schulden niet belast worden bij de schuldenaar, echter bij de AB-houder. Onder andere deze fictie werd door NOB als een van de negen redenen aangehaald, waarom het Wetsvoorstel zijn doel voorbijschiet. Ook Heithuis bekritiseerde deze fictie en noemde het wetsvoorstel van een abominabel slecht niveau.¹⁷³ Volgens hem: *'breekt het wetsvoorstel op flagrante wijze met een aantal gouden regels die een overheid bij fiscale wetgeving in acht behoort te nemen'*, hiermee stelt hij dat het reële stelsel los wordt gelaten en de belasting bij iemand anders dan bij degene die het inkomen daadwerkelijk geniet wordt belast.¹⁷⁴

¹⁷¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2018

¹⁷² Boer en Heithuis, WFR 2020/175, p.3

¹⁷³ Heithuis, NTFR 2019/2020, p.1

¹⁷⁴ Heithuis, NTFR 2019/2020, p.1

De toerekeningsfictie kan gezien worden als een overkill in de regeling. Met deze fictie wordt er voor gezorgd dat de werking van de maatregel wordt veiliggesteld. Hoogstwaarschijnlijk zag de wetgever geen mogelijkheden om de bloed- of aanverwant zelf te belasten, omdat zij niet worden gekwalificeerd als AB-houder en niettemin in box 2 worden betrokken. In beginsel kan deze fictie niet worden gerechtvaardigd, omdat de AB-houder niet de liquide middelen tot zijn beschikking krijgt, die gemoeid zijn met de lening. Daarentegen zou het belasten van het excessieve deel bij de verbonden persoon zwaardere uitvoeringslasten met zich meebrengen, omdat deze personen (nog) niet in de AB-regeling belast werden. Toch kan het veiligstellen van de belastingheffing en het voorkomen van onredelijke gevolgen van de fictie worden voorkomen. Het Register Belastingadviseurs stelde voor om het bovenmatig deel aan te merken als een schenking, daarmee wordt de bovenmatige schuld bij de schuldenaar belast en kan er in de toekomst geen dubbele heffing bij de AB-houder ontstaan.¹⁷⁵

Deze toerekeningsfictie is in beginsel niet te rechtvaardigen, echter is dit ook in het huidige stelsel van toepassing. Ter illustratie:

een geldverstrekking - dat gekwalificeerd wordt als een verkapte winstuitdeling - van een vennootschap aan een met haar AB-houder verbonden persoon, dient opgesplitst te worden in twee handelingen.¹⁷⁶ Als eerste vindt er een verkapte winstuitdeling van de vennootschap aan de AB-houder plaats en vervolgens een schenking van de AB-houder aan de verbonden persoon.¹⁷⁷

Uit het bovenstaande kan er dan ook vastgesteld worden dat de wetgever in lijn met het huidige stelsel handelt.

Een underkill in de regeling is dat in het voorgestelde art. 4.14B lid 1 Wet IB de gehele maatregel gemakkelijk kan worden omzeild doordat broers, zussen, neven en nichten buiten de scope van verbonden personen vallen. Zo is het voor de zus mogelijk om €500.000 te lenen bij haar eigen vennootschap en €500.000 bij de vennootschap van haar nicht, zonder dat zij binnen de scope van de maatregel valt. Onderling is het dus mogelijk om een dusdanige constructie op te zetten dat er geen fictief regulier voordeel moet worden aangenomen. Uiteraard kan dit feest niet doorgaan als de inspecteur aannemelijk maakt dat de zus en de nicht in werkelijkheid 'indirect' €1.000.000 hebben geleend van hun eigen vennootschap. Dit zal in de praktijk voor discussies tussen de belastingplichtigen en de Inspecteur teweegbrengen, omdat de kans aanwezig is dat mensen heen-en-weer geld kunnen lenen.

¹⁷⁵ RB, 2019, p.12

¹⁷⁶ Albert, NTFR 2015/9

¹⁷⁷ Albert 1995, par. 11.1

4.4.2 De relevante schulden en toename

4.4.2.1 Toename schulden

In de MvT wordt met de term 'onbedoeld effect' een moreel verwijt gemaakt naar de AB-houders waar deze maatregel zich op richt.¹⁷⁸ Niet terecht, omdat de handelingen van de desbetreffende belastingplichtige binnen de geldige wet- en regelgeving en jurisprudentie zijn verricht. Uit tabel 1 kan worden afgeleid dat in de afgelopen tien jaar het aantal AB-houders met schuld bij de eigen vennootschap een stijgende lijn vertoont bij het totaalbedrag aan schuld bij de eigen vennootschap.¹⁷⁹

Tabel 1: aanmerkelijkbelanghuishoudens en schuld aan vennootschap volgens Vpb-aangifte

Jaar	Aantal ab-huishoudens totaal	Aantal ab-huishoudens met schuld bij vennootschap	Bedrag schuld bij vennootschap x € mid	Percentage ab-huishoudens met schuld bij vennootschap	Gemiddelde schuld bij de vennootschap
2007	191.000	110.700	€ 19,7	57,96%	€ 177.958
2008	235.000	143.200	€ 27,4	60,94%	€ 191.341
2009	262.800	162.500	€ 32,2	61, 83%	€ 198.154
2010	291.300	181.200	€ 37,7	62,20%	€ 208.057
2011	303.700	191.900	€ 42,2	63,19%	€ 219.906
2012	315.600	199.700	€ 45,0	63,28%	€ 225.338
2013	328.900	205.400	€ 48,6	62,45%	€ 236.611
2014	338.300	195.300	€ 46,0	57,73%	€ 235.535
2015	348.300	210.500	€ 51,8	60,44%	€ 246.081
2016	362.600	219.900	€ 56,5	60,65%	€ 256.935
2017	372.600	223.200	€ 58,7	59,90%	€ 262.993

Aantal ab-huishoudens (ab-hh) met een schuld, niet zijnde eigenwoningsschuld

In aanmerking te nemen schuld per huishouden (exclusief eigenwoningsschuld)	Ab-hh	% van ab-hh	% ab-hh met een schuld	Leensom totaal		Gemiddelde schuld per ab-hh
Boven de 500K	11.000	3,10%	13,10%	17.500.000.000	70,00%	1.590.909
Onder de 500K	73.000	20,56%	86,90%	7.500.000.000	30,00%	102.740
Geen schuld	271.000	76,34%				
	355.000	100,00%	100,00%	25.000.000.000	100,00%	

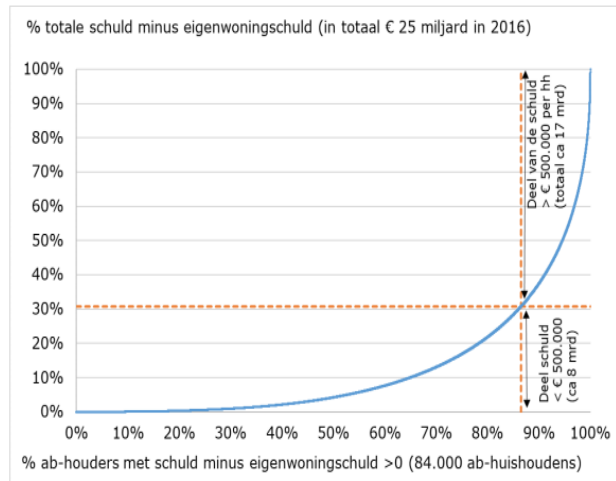
Alleen 2007 en 2014 wijken van de trend af. Dit komt omdat de incidentele verlaging van het box 2-tarief tot meer dividenduitkering heeft geleid. Daarnaast blijkt dat in de periode 2007-2018 het percentage AB-houders met schuld bij de eigen vennootschap en het totaal aantal AB-houders tussen 57% en 63% ligt. Opmerkelijk hierbij is dat de schulden parallel lopen met het aantal AB-houders. Alhoewel beide componenten in deze periode zijn verdubbeld is de gemiddelde schuld van de AB-houder gestegen van €177.958 (2007) naar €273.050 (2018).

¹⁷⁸ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.2

¹⁷⁹ Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7, p.43

Er kunnen bij deze tabel enkele kritische opmerkingen worden geplaatst. In de MvT is een vertekend beeld van de situatie voorgespiegeld door het achterwege laten van het aantal AB-houders. Dit is als volgt: de schuld van de AB-houders is tussen 2007 en 2017 van circa €20 miljard tot €58 miljard toegenomen. Echter is er in dezelfde periode ook het aantal AB-houders verdubbeld. Dit betekent dat het aantal AB-houders met schuld bij de eigen vennootschap niet significant is toegenomen. Uit figuur A blijkt verder dat het percentage van de AB-houders met excessieve schuld ongeveer 10% bedraagt, waardoor de vraag gesteld kan worden of de gemiddelde schuld hierdoor niet een vertekend beeld geeft van de werkelijkheid. Het kan zijn dat de ‘gemiddelde’ schuld is toegenomen of de ‘schuld’ van een enkele AB-houder fors is toegenomen?¹⁸⁰

Figuur A: Verdeling schulden aan de eigen besloten vennootschap, verminderd met eigenwoningsschulden, belastingjaar 2016



Daarnaast dient er ook rekening te worden gehouden met de EWS. Na het dieptepunt in juni 2013 is er sprake van een stijgende trend in de prijzen van koopwoningen. Volgens CBS lag de index in augustus op het hoogste niveau ooit.¹⁸¹ De index van prijzen zijn vergeleken met het dal in juni 2013 gestegen met bijna 78 procent. Over de correlatie tussen de stijgende prijzen van koopwoningen en de toename van de EWS bij de eigen vennootschap is geen onderzoek gedaan. Dit is wel een belangrijk aspect, omdat de toename van de schulden gedeeltelijk hierdoor tot stand zijn gekomen.

4.4.2.2 Geen onderscheid in schulden

Men kan zich afvragen of het maximumbedrag voor consumptieve uitgaven niet te hoog is en voor zakelijke schulden juist weer te laag. Het risico van uitstel en afstel heeft niet te maken met de hoogte van de schulden, maar met de solvabiliteit van de AB-houder.¹⁸² Het gevaar dat een lening niet zal of kan worden betaald komt zowel bij ongedekte hoge als lage schulden voor. Hier is Heithuis het mee eens, volgens hem wordt een gedekte lening boven het maximumbedrag moet niet als een excessieve lening worden gekwalificeerd, omdat deze lening ook bij een onafhankelijke derde kan worden aangegaan.¹⁸³ De vraag is dan of er een dekking tegenover staat. Daarom vindt hij dat de maatregel beperkt moet worden tot consumptieve schulden.¹⁸⁴ Uitgedrukt in excessiviteit maakt het nogal verschil of een lening is aangegaan voor consumptieve uitgaven of als een hypothecaire geldlening voor een privé beleggingspand. Bezien vanuit de gedekte leningen kan er dan ook niet gesproken worden van oneigenlijk gebruik van het belastingstelsel. De wetgever heeft deze aanpak bewust gekozen, omdat het onderscheid in leningen niet makkelijk is te controleren of is te handhaven.¹⁸⁵

L. Stevens en Wijtvliet merken op dat het wetsvoorstel mogelijk averechts kan werken omdat de onbenutte leencapaciteit voor de AB-houders suggereert om tot een maximumbedrag te lenen zonder dividend uit te keren.¹⁸⁶ Dat is onjuist omdat de huidige jurisprudentie nog steeds van kracht is. Echter geldt voor de EWS geen maximum omvang. Zolang het gekwalificeerd wordt als EWS kan volgens Boer en Heithuis de AB-houder onbeperkt lenen van de eigen vennootschap.¹⁸⁷ Gezien het doel past dit niet,

¹⁸⁰ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.5

¹⁸¹ CBS, Prijsstijging koopwoningen loopt verder op

¹⁸² Haberham, FM nr. 65, p.234-235

¹⁸³ Heithuis. NTFR 2019/2020, p.4

¹⁸⁴ Heithuis. NTFR 2019/2020, p.4

¹⁸⁵ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.10

¹⁸⁶ L. Stevens, FD, 2019, p.24. Jo. Wijtvliet, FED 2019/80

¹⁸⁷ Boer en Heithuis, WFR 2020/170 p.5

vooral wanneer de EWS het grootste deel van de totale schulden vormt. Door deze uitzondering neemt de effectiviteit van de maatregel dan ook af.

In beginsel bevat de maatregel een overkill vanwege de 'one-size-fits-all'-regeling.¹⁸⁸ De NOB vindt dit dan ook onrechtvaardig en pleit net zoals SRA dat zakelijke leningen buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen.¹⁸⁹ Door een uitzondering op zakelijke leningen te maken zal er in lijn met het huidige stelsel worden gehandeld. Alhoewel de maatregel niet in lijn is met het huidige stelsel, is het echter vanuit de wetgever wel te begrijpen. Het beperken tot consumptieve schulden zal ervoor zorgen dat de maatregel nog complexer wordt en zal leiden tot arbeidsintensieve discussies. Vooral als de lening wordt besteed aan een object dat deels bestempeld kan worden als belegging en deels als consumptief.¹⁹⁰ Zo komt de Inspecteur weer in een grijs gebied terecht. Deze problematiek kan volgens Stevens worden voorkomen door een criterium in te voeren voor de financiering van vermogensbestanddelen die belast zijn in de Wet IB 2001 of juist expliciet zijn vrijgesteld.¹⁹¹ Hiermee kan onderscheid worden gemaakt tussen bijvoorbeeld een tweede woning, wat in box 3 is belast en andere waardevolle activa dat niet belast zijn in de Wet IB 2001.

De wetgever heeft hierbij de afweging gemaakt tussen enerzijds de gevolgen van een heffing en anderzijds de inzet en middelen die nodig zijn.¹⁹² In dit geval is de keuze gevallen voor eenvoud; door een onderscheid te maken in schulden zal het wetsvoorstel zijn doel juist voorbij schieten.

4.4.2.3 Garantstellingen en saldering

De wetgever heeft ook garantstellingen onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht, voor zover de AB-houder niet in staat is om deze lening zelfstandig te kunnen krijgen.¹⁹³ Dit is gedaan ter voorkoming dat de AB-houders geen bovenmatige schulden bij een onafhankelijke aangaan onder garantstelling van de vennootschap. De regel is echter niet van toepassing als het leidt tot betere voorwaarden voor de lening van de AB-houder.¹⁹⁴ Kijkend naar de voornaamste doelstellingen, het voorkomen van belastinguit- of afstel, dan kan de belastingheffing illusoir zijn bij het invoeren van de garantstelling. Er wordt dan pas vermogen van de vennootschap onttrokken.¹⁹⁵ Het is dan ook onredelijk om bij het uitgangspunt garantstellingen al te kwalificeren als een regulier fictief voordeel.¹⁹⁶

Ook is er gekozen voor het niet salderen van de vorderingen op de eigen vennootschap om de eenvoudigheid en de uitvoerbaarheid van de maatregel te bevorderen. Volgens Opmeer is er geen uitstel of afstel van de AB-heffing mogelijk als tegenover de door de vennootschap uitgeleende gelden ten minste even grote leningen aan de vennootschap bestaan.¹⁹⁷ Het weglaten van het salderen van schulden en vorderingen is echter niet bijzonder. Het is ook niet aan orde bij een terbeschikkingstellingsvordering die een AB-houder heeft met een box 3 schuld aan diezelfde vennootschap.¹⁹⁸ Anderzijds zijn er ook regelingen die wel rekening houden of hielden met de saldering van schulden en vorderingen, zoals bij de inmiddels vervallen thincapregeling.¹⁹⁹ Deze regeling en de RC-maatregel hebben als doel het voorkomen van grondslagverschuiving en grondslaguitholling. De AB-houder kan eventueel de effecten van het niet salderen ondervangen door de vorderingen en de schulden civielrechtelijk met elkaar te verrekenen, maar dit is niet altijd mogelijk.²⁰⁰ Een kortlopende RC-schuld kan niet zomaar worden verrekend met een hypothecaire lening bij een onafhankelijke

¹⁸⁸ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.2

¹⁸⁹ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.2 en SRA internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, 2019, p.9

¹⁹⁰ Stevens, WFR 2019/71 p.12

¹⁹¹ Stevens, WFR, 2019/71 p.12

¹⁹² Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.3, p.60

¹⁹³ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.14

¹⁹⁴ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.7, p.2

¹⁹⁵ Krekel, 'Gegarandeerde leningen van derden, gegarandeerd een groepslening?', WFR 2005/482

¹⁹⁶ Opmeer, MBB 2019/12 B, p.4

¹⁹⁷ Opmeer, MBB 2019/12 B, p.5

¹⁹⁸ Opmeer, MBB 2019/12 B, p.5

¹⁹⁹ Art. 10d Wet VPB 1969 (oud)

²⁰⁰ Opmeer, MBB 2019/12 B, p.5

derde, aangezien het laatste voorzien kan zijn van verscheidene boeteclausules. Uit hoofdstuk 2 blijkt echter dat de DGA zelf invulling kan geven aan de voorwaarden van de leningen. Hoogstwaarschijnlijk zal er geen boeteclausule opgenomen zijn in gevallen dat de DGA bij diens vennootschap een hypotheek is aangegaan. Uit het bovenstaande kan worden gesteld dat het niet salderen wetsystematisch mogelijk is, maar zijn doel voorbijschiet. Daarnaast zorgt het in een aantal gevallen voor overkill, omdat er belasting wordt geheven over een situatie waarbij er eigenlijk netto geen bovenmatige schuld is.

4.4.3 Heffingssystematiek

4.4.3.1 Minderheidsaandeelhouder

In 3.3.2.2 is de situatie toegelicht waarbij er meerdere AB-houders van dezelfde vennootschap dezelfde verbonden persoon hebben. In dergelijke situaties bevat de heffingsverdeling overkill, omdat de helft van de bovenmatige schuld aan de minderheidsaandeelhouder wordt toegerekend. De minderheidsaandeelhouder heeft in de meeste gevallen geen bevoegdheid en zeggenschappen kan er geen sprake zijn van bewust belastinguitstel. Een ander fundamenteel kritiekpunt berust op het feit dat de minderheidsaandeelhouder qua draagkracht minder vooruit zal gaan dan de meerderheidsaandeelhouder, maar wel voor hetzelfde deel schuld toegerekend zal krijgen. De uitwerking hiervan zal niet evenredig zijn aangezien hij fictief in de heffing wordt betrokken voor 50%, terwijl zijn winstgerechtigheid vele malen minder zal zijn. Hierdoor kan een ongewenste situatie ontstaan, waarbij hij de belastingschulden niet zal kunnen betalen.

4.4.3.2 Niet bestaande inkomsten

Volgens de NOB is de anticumulatieregeling onvoldoende vanwege de gekozen systematiek.²⁰¹ Er kan immers nog heffing ontstaan terwijl er geen sprake is van een mogelijke IB-claim in box 2. Als er dan een lening wordt aangegaan bij de eigen vennootschap is er in zulke gevallen geen sprake van uitstel of afstel van belastingheffingen. Dit kan zich voordoen bij een AB-houder waarvan de verkrijgingsprijs van het AB gelijk is aan de WEV, ervan uitgaande dat er geen latente of te verwachten winsten aanwezig zijn in de vennootschap. Dit leidt ertoe dat er geen sprake is van uitgestelde belastingheffing in box 2, ook niet als de AB-houder een lening aangaat bij de eigen vennootschap omdat hij immers terug leent wat hij op de aandelen heeft gestort.

*Voorbeeld dat door NOB werd gegeven: "De AB-houder heeft €800.000 geleend in privé om daarmee een onroerende zaak te financieren (dit is een bron van inkomen dat belast wordt in box 3), dan zou op grond van de maatregel € 300.000 in de heffing worden betrokken als fictief regulier voordeel. In zo een geval kan een negatief regulier voordeel bij latere aflossing op geen enkele wijze worden verrekend met een positief inkomen uit AB. Dit zorgt ervoor dat er een AB-verlies resteert dat in theorie alleen kan worden verrekend met de verschuldigde IB uit box 1. Hierbij geldt wel de voorwaarde dat de belastingplichtige geen AB meer mag bezitten. De AB-houder kan hierdoor het destijds in aanmerking genomen fictieve reguliere voordeel in de meeste gevallen niet verrekenen."*²⁰²

De uitwerking van deze situatie is in strijd met het draagkrachtsbeginsel.²⁰³ Als de AB-houder de gestorte middelen terug leent is er geen sprake van toename in draagkracht, maar vindt er volgens de maatregel alsnog een heffing plaats. In dergelijke gevallen is er principieel ook geen AB-claim die eventueel kan worden uit- of afgesteld. Aan de andere kant is een inbreuk op bestaande inherent aan een fictie. Door gebruik te maken van de voorgestelde fictie heeft de wetgever het huidige stelsel proberen te vereenvoudigen. Zonder deze fictie op te nemen, zouden de uitvoeringslasten niet worden verlicht. Dit houdt niet in dat het wetsvoorstel leidt tot overkill, echter is het vanuit de doelstellingen verklaarbaar.

²⁰¹ De Commissie Wetsvoorstellen, NOB-Commentaar, p. 7

²⁰² De Commissie Wetsvoorstellen, NOB-Commentaar, p. 6

²⁰³ RB, 2019 p. 4

4.4.3.3 Onbeperkt materiaal terugwerkende kracht

De maatregel kent geen overgangsregeling. Hierdoor vallen de bestaande schulden met onbeperkt terugwerkende kracht onder de reikwijdte van de regeling. *‘Het wetsvoorstel is een forse ingreep in de al sinds jaar en dag bestaande fiscale systematiek en praktijk’*, aldus de Raad van State.²⁰⁴ Muller geeft dan ook aan dat de wetgever het vertrouwensbeginsel heeft geschonden en dat zij de rechtszekerheid in gevaar brengt.²⁰⁵ Door het maximumbedrag te verhogen tot de stand van schulden op het moment van de aankondiging van de maatregel kan dit opgelost worden. Het nadeel hiervan is wel dat de werklast van de Belastingdienst niet zal afnemen, omdat alle 11.000 AB-houders individueel gecontroleerd moeten worden en moet worden vastgesteld of de verstrekte lening een verkapte winstuitdeling of een onzakelijke lening vormt.

Gesteld kan worden dat de AB-houders genoeg tijd hebben om te anticiperen op de regelgeving. Het herfinancieren van gedekte schulden bij financiële instantie zou geen probleem moeten opleveren. De AB-houders die in lijn met het huidige stelsel hebben gehandeld zullen niet geraakt worden door het wetsvoorstel als zij de zakelijke leningen bij een onafhankelijke derde herfinancieren, waardoor de gevolgen van onzakelijke leningen in lijn zijn met het huidige stelsel. Dit strookt niet met de stelling van Muller en is hiermee de rechtszekerheid zeker niet geschonden.²⁰⁶

4.4.3.4 Dubbele heffing

Er wordt bewust een meervoudige heffing in de IB gecreëerd door het excessieve deel van een lening aan te merken als fictief regulier voordeel en dit te belasten in box 2, terwijl de mogelijkheid om het negatief fictief reguliere voordeel te verrekenen aan een termijn is gebonden. Door deze beperking kan het er in sommige gevallen toe leiden dat er geen tijdige verrekening plaatsvindt en er alsnog een dubbele heffing ontstaat. Volgens de NOB moet een AB-verlies omgezet kunnen worden in credit in box 1.²⁰⁷ Hiermee zal de dubbele heffing in box 2 alsnog worden voorkomen. Een toelichting volgt hierna aan de hand van de voorbeelden die gebruikt zijn door Heithuis en de NOB:

*‘Een AB-houder leent in 2024 €900.000 van zijn eigen vennootschap. In 2024 wordt het surplus van €400.000 aangemerkt als een fictief regulier voordeel. Daarna wordt er door de DGA in 2026 de lening afgelost en keert 11 jaar later ditzelfde bedrag weer uit als dividend. Dit wordt op dat moment weer opnieuw belast met box 2 belasting, ongeacht het feit dat het om dezelfde dividenduitkering gaat. In feite leidt de aflossing in 2026 tot een negatief fictief regulier voordeel. Als er dat jaar geen andere box 2 inkomen is leidt dit tot een AB-verlies dat na zes jaar niet meer in aanmerking mag worden genomen.’*²⁰⁸

De wens vanuit de praktijk was om de heffing van het fictief reguliere voordeel te koppelen aan de verkrijgingsprijs.²⁰⁹ Dit zou de remedie moeten zijn tegen de dubbele heffing volgens de Redactie Vakstudie Nieuws, maar is volgens het kabinet geen werkbare optie door de complexiteit. Volgens de wetgever heeft de AB-houder na verhogen van de verkrijgingsprijs, fiscaal geen prikkel om de schuld aan zijn vennootschap af te lossen.²¹⁰ Dit prikkel bestaat wel bij het voorgestelde negatieve fictief reguliere voordeel.²¹¹ Daarnaast is de verliesverrekening in box 1 en 2 ook aan een termijn gebonden, wat een inbreuk vormt op het totaalwinstbegrip.²¹² Hieruit blijkt dat de wetgever wel consequent is in zijn handelingen.

²⁰⁴ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.4, p.5

²⁰⁵ Muller, taxlive.nl

²⁰⁶ Hierbij ga ik uit dat de gehele schuld, volledig kan worden herfinanciert.

²⁰⁷ Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar, p.3

²⁰⁸ Zie onder meer: Heithuis, NTFR 2019/1020, WFR 2020/13 en Commentaar Wetsvoorstellen NOB commentaar p.6

²⁰⁹ Zie Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.15, Vakstudie Nieuws, ‘V-N 2019/16.5, p.23-24.

²¹⁰ Volgens het kabinet heeft dit drietal nadelen, zie hiervoor Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.15

²¹¹ Kamerstukken II, 2019/2020, 35 496, nr.3, p.15

²¹² Zie o.a. art. 3.159 en Art. 4.49 lid 1 Wet IB 2001

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de vraag: *Hoe verhoudt het wetsvoorstel zich met de huidige fiscale behandeling van leningen en welke knelpunten bevat de voorgestelde wet?* Hiervoor zijn de kamerstukken, besluiten, jurisprudentie, wetenschappelijke artikelen, actuele ontwikkelingen, opinies van gezaghebbende fiscalisten en is artikelsgewijs het wetsontwerp onderzocht.

Uit het onderzoek blijkt dat het Wetsvoorstel op meerdere aspecten wel in lijn is met het huidige stelsel. Daarentegen zorgt de RC-maatregel op verschillende vlakken voor overkill, met name dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen zakelijke- /onzakelijke leningen boven het maximumbedrag. Onderscheid zal echter wel ten koste gaan van lastenverlichting. Bovendien is er vastgesteld dat op dezelfde lening zowel de huidige als de nieuwe maatregel van toepassing kan zijn. Als er samenloop plaatsvindt heeft het huidige stelsel de voorkeur, . Daardoor zorgt de samenloop van de instrumenten voor extra werkzaamheden en is uitermate complex. De conclusie is dat er niet echt sprake is van lastenverlichting van leningen boven het maximumbedrag.

De fictie kan dienen als een stok achter de deur voor excessieve leningen die niet tijdig door de huidige jurisprudentie 'aangepakt' kunnen worden en is dan ook niet noodzakelijk. Ik prevaleer het huidige stelsel boven de robuuste wetgeving. Bij het huidige stelsel wordt er namelijk wel maatwerk geleverd en alleen de consumptieve leningen aangepakt. Dit stelsel moet wel worden aangepast of worden vervangen door een stelsel dat enerzijds wel onderscheid maakt in zakelijke leningen en anderzijds voldoet aan de beoogde doelstellingen van de wetgever.

HOOFDSTUK 5: ALTERNATIEVEN

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is vastgesteld dat het wetsvoorstel op sommige aspecten overkill bevat. Geen onderscheid maken tussen zakelijke en onzakelijke leningen zorgde voor terechte kritiek, het wetsvoorstel past mede hierdoor minder bij het huidige stelsel. Daarnaast werden er een aantal gebreken gelijk opgelost met kleine aanpassingen uit de literatuur om de verbeterde maatregel alsnog binnen de systematiek van box 2 te kunnen aandragen. Maar er zijn ook andere maatregelen denkbaar, die in lijn zijn met het huidige stelsel.

In dit hoofdstuk staat de laatste deelvraag centraal: *Welke alternatieven kunnen er voor het wetsvoorstel worden aanbevolen?*

De twee alternatieven die zullen worden beschouwd zijn de ‘Loan-to-value’-maatregel, deze is door Stevens aangedragen.²¹³ Vervolgens een systeem dat gebaseerd is op het Australische systeem, aangedragen door Hofman en de Vries.²¹⁴ Na afweging van deze twee systemen zal een aanbeveling worden gedaan.

5.2 Alternatieven

Door de informatie-asymmetrie blijkt het in praktijk, het vaststellen van zakelijke leningen een tijdrovend en subjectief proces. Ook schieten de grenzen van de uitvoerings- en toezichtcapaciteit bij de Belastingdienst tekort om het huidige bestrijdingsmiddelen tijdig en juist in te zetten. Hierdoor is er wegens eenvoud en uitvoeringsproblemen gekozen om met de nieuwe RC-maatregel geen onderscheid te maken in soort schulden. De vraag die dan rijst is, of deze doelstellingen kunnen worden behaald, met een alternatief die in lijn is met het huidige stelsel en niet tot overkill leidt.

5.2.1 ‘Loan-to-Value’-maatregel

De ‘loan-to-value’-maatregel is aangedragen door Stevens, waarbij de schuld gedekt wordt met vermogensbestanddelen. Hiermee wordt de kredietwaardigheid van de AB-houder in de gaten gehouden. De betaalcapaciteit wordt beoordeeld door de omvang van schulden af te zetten tegen de waarde van het vermogen in box 1 en 3 en de netto vermogensbestanddelen van alle andere vennootschappen waarin een AB wordt gehouden.²¹⁵ Indien de ‘loan-to-value’-waarde minimaal bijvoorbeeld 80% moet zijn, kan de zakelijkheid van de leningsvoorwaarden worden afgevraagd als het percentage hieronder daalt. Want op dat moment kan het vermogen van de AB-houder de schulden niet volledig meer dekken. De AB-houder dient dan extra eigen vermogen in te brengen om nog aan de maatregel te kunnen voldoen.

Volgens Stevens is het niet toegestaan om zonder belastingheffing een lening met consumptieve doeleinden aan de AB-houder te verstrekken.²¹⁶ Hiermee wordt het probleem dat de AB-houders geld lenen voor ongedekte uitgaven grotendeels bestreden. Volgens Stevens kan de ‘loan-to-value’ vastgesteld worden door in de aangifte IB een ‘loan-to-value’-indicator op te nemen waardoor er eenvoudig bovenmatige schulden kunnen worden vastgesteld.²¹⁷ Hierdoor kan er snel een selectie worden gemaakt van belastingplichtigen die een te hoge schuldverhouding hebben ten opzichte van hun netto bezittingen. Uit deze selectie kunnen er afhankelijk van de beleidsmatige afweging risicogevoallen worden gedestilleerd. Vervolgens kan men zich afvragen of mogelijkheid bestaat om de lening terug te betalen. Indien dit niet het geval is dan heeft er een definitieve vermogensverschuiving plaats gevonden en wordt de lening aangemerkt als een verkapte winstuitdeling.²¹⁸

²¹³ Stevens, WFR 2019/71

²¹⁴ Hofman en De Vries, WFR 2019/107

²¹⁵ Banken.nl

²¹⁶ Stevens, WFR 2019/71 p.13

²¹⁷ Stevens, WFR 2019/71 p.13

²¹⁸ Stevens, WFR 2019/71 p.13

De 'loan-to-value'-methode is interessant omdat er geen vast bedrag - zoals bij het wetsvoorstel - wordt vastgesteld, maar een vast percentage. Het maakt nogal verschil als de DGA €1.000.000 leent bij het wetsvoorstel of bij dit stelsel. In het eerste geval wordt de DGA voor €500.000 in een fictief reguliere heffing betrokken. In het tweede geval wordt er een percentage losgelaten over het geleende bedrag en wordt de DGA niet per direct in de heffing betrokken. Dat gebeurt pas als het vermogen van de DGA onder het vastgestelde percentage komt.

Op deze manier wordt er tegemoet gekomen aan de overkill van de RC-maatregel. De AB-houders die consumptieve leningen aan zichzelf verstrekken zullen sneller worden opgespoord en de vermogende AB-houders die onder zakelijke voorwaarden leningen aangaan boven de €500.000 en niet onder de scope van deze maatregel vallen. Dit zorgt er ook voor dat de overkill in 'one-size fits all' wordt ontnomen en de AB-houders, die zich aan de geldende jurisprudentie ten tijde van de geldverstrekking hielden, niet worden benadeeld voor het excessief leenedrag van sommige andere AB-houders. Pas als de 'loan-to-value'-percentage lager is dan het box 2 belastingtarief slechts dan is er sprake van afstel, omdat er door het ontoereikende vermogen niet aan de AB-claim kan worden voldaan. De navorderingstermijn bij excessieve schuldverhoudingen blijkt ook een belangrijk knelpunt in het huidige stelsel. Dit kan hiermee worden voorkomen, doordat het heffingsmoment pas ontstaat als de dekking verdwijnt. Ook biedt deze maatregel een oplossing tegen de arbeidsintensieve discussies, die voornamelijk over subjectief toetsen gaat. Bij deze maatregel vindt er een objectieve toets plaats, wat maakt dat het eenvoudiger is om een winstuitdeling te bewijzen.

Er zijn ook nadelen, zo moet de waarde van de vermogensbestanddelen jaarlijks worden vastgesteld door de AB-houder, dit gebeurt nu alleen bij de bestanddelen die niet in box 3 zijn vrijgesteld. Hiermee zal de doelstelling van het verlichten van uitvoeringslasten teniet worden gedaan. Daarnaast kan de waarde op peildatum afwijken van de daadwerkelijke waarde, waardoor er niet een echt economisch realistisch beeld kan worden gevormd. De belastingplichtige krijgt een extra belastinglast en moet zijn schulden aflossen of het herfinancieren. Hiervoor stelt Stevens voor om de gemiddelde 'loan-to-value'-waarde te nemen.²¹⁹ Bovendien voldoet de maatregel niet helemaal aan het bestrijden van belastinguitstel, omdat belastinguitstel niet alleen bij consumptieve uitgaven kan voorkomen, maar ook kan afspelen bij beleggingen en EWS. Voor de laatste twee zal er wel worden voldaan aan dekking, terwijl er sprake is van uitstel. Nadeel hiervan is dat deze schulden niet binnen de reikwijdte van de maatregel zullen vallen.

5.2.3 Kwalificatie van leningen

In het huidige stelsel vormt het uitvoeringslasten een groot probleem, met name de gevoerde discussies tussen de inspecteur en belastingplichtige. Dat kan verminderd worden door de bewijslast om te draaien, dit houdt in dat alle leningen van de AB-houder in beginsel gekwalificeerd worden als een uitdeling, tenzij de belastingplichtige aannemelijk maakt dat het een zakelijke lening is en er voldaan kan worden aan het terugbetalingsvereiste.²²⁰ Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de tegenbewijsmogelijkheid, wat ontbreekt in het wetsvoorstel.

Een vergelijkbaar systeem wordt in Australië gehanteerd ter voorkoming van onzakelijke leningen.²²¹ In beginsel wordt er zoals in Nederland uitgegaan van de civielrechtelijke kwalificatie van een lening, maar wordt de lening gezien als een onzakelijke lening als er wordt voldaan aan drie cumulatieve vereisten.²²² Die zijn:

1. Als er geld is verstrekt aan de AB-houder of met de AB-houder verbonden natuurlijke- of rechtspersoon;
2. Aan het einde van de fiscale boekjaar, de geldverstrekking niet is terugbetaald;

²¹⁹ Stevens, WFR 2019/71 p.13

²²⁰ Hofman en De Vries, WFR 2019/107, p.3

²²¹ Deze regeling is in Australië opgenomen in Division 7A van de Income Tax Assessment Act 1936.

²²² Zie art. 109D van de Income Tax Assessment Act 1936

3. Er geen sprake is van uitzonderlijke gevallen.²²³

Leningen en de EWS kunnen van dit regel worden uitgezonderd indien ze voldoen aan de objectieve cumulatieve voorwaarden.²²⁴ De gestelde voorwaarden zijn:

1. De geldverstrekking is schriftelijk vastgelegd in een overeenkomst. De overeenkomst bevat de benodigde informatie van de debiteur en crediteur, de voorwaarden van de lening (zoals hoogte, datum, aflossingsschema, rente en looptijd), zekerheden en ondertekening van de debiteur en de crediteur.
2. De hoogte van de rente op de lening is minimaal een jaarrente van Euribor-rente of een rente die door de fiscus is vastgesteld.²²⁵ Daarbij dient de rente jaarlijks betaald te worden. In de Nederlandse jurisprudentie is de Euribor-rente eerder als renterichtlijn gebruikt.²²⁶
3. De lening heeft een maximale looptijd voor onroerende zaken met een hypothecaire zekerheid van 25 jaar en voor andere leningen maximaal 7 jaar.²²⁷

Een verstrekking die voldoet aan de cumulatieve voorwaarden wordt gekwalificeerd als een lening.²²⁸ Als de AB-houder hierin niet slaagt dan wordt de verstrekking gekwalificeerd als een uitdeling en moet er belasting worden geheven. Ter voorkoming van een dubbele heffing bij een latere vervreemding wordt de verkrijgingsprijs van het AB met deze fictieve heffing verhoogd.

Daarnaast heeft de maatregel het voordeel dat het eenvoudig is, geen doorwerking heeft op andere belastingen en dat er bij de civielrechtelijke werkelijkheid wordt aangesloten ongeacht de hoogte van de lening. Dit is in lijn met het huidige stelsel. Daarnaast worden ook de beoogde doelstellingen verwezenlijkt. De aflossingsverplichting ondervangt het hoofdzakelijke doel namelijk, het is voor de AB-houder niet meer mogelijk om liquide middelen langdurig naar privé over te hevelen en hiermee belastingheffing uit te stellen. Tegelijkertijd voorkomen de duidelijke cumulatieve voorwaarden de discussies omtrent de zakelijkheid van de lening tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst. Uit hoofdstuk 2 blijkt dat de schijnlening subjectieve voorwaarden heeft en de bodemlozeputlening objectieve voorwaarden. De kwalificatie van de leningen-maatregel objectiviseert de voorwaarden die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld. Door deze werkwijze worden de problemen rondom de navorderingstermijn verholpen. Want, de 'kan en zal'-toets wordt aangenomen wanneer er niet wordt voldaan aan de aflossingsverplichting en er geen rente wordt betaald. Als dit zich voordoet kan de inspecteur overgaan tot belastingheffing.

De wetgever ziet af van het Australische systeem omdat er door leningen in privé over de middelen van de vennootschap beschikt kan worden zonder belastingheffing.²²⁹ Hoe zij tot deze conclusie komen wordt niet toegelicht. Hofman en de Vries beweren juist dat het belastinguitstel effectief wordt bestreden.²³⁰ De aflossingsverplichting zorgt ervoor dat liquide middelen die naar privé worden overgeheveld niet voortdurend uitgesteld kunnen worden van belastingheffing.²³¹ Dat is een logische redenering, immers omdat de aflossingsverplichting verbonden is aan een termijn kan het belastinguitstel worden teruggedrongen. Bovendien voorkomt het voorgestelde RC-maatregel belastinguitstel weer niet helemaal, omdat onder het maximumbedrag uitstel nog kan voorkomen. De redenatie van de wetgever is dus niet helemaal terecht.

²²³ Division 7A, Subdivision D, Income Tax Assessment Act 1936

²²⁴ art. 109H & 109N, Income Tax Assessment Act 1936

²²⁵ Reactie FBA Internetconsultatie, p.11

²²⁶ Zie Rb. Arnhem 1 oktober 2009

²²⁷ art. 109N lid 3, Income Tax Assessment Act 1936, de zekerheid dient ten minste 110% van het geleende bedrag

²²⁸ Reactie FBA Internetconsultatie, p.10

²²⁹ Zie Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7, p.18

²³⁰ Hofman en De Vries, WFR 2019/107, p.3

²³¹ Hofman en De Vries, WFR 2019/107, p.4

Wel dient er voor de bestaande schulden een overgangsmaatregel worden getroffen. Er kan gedacht worden aan dat de bestaande schulden binnen een termijn van 5 jaar gereduceerd moeten worden tot het maximumbedrag.²³² Indien men hier niet in slaagt, dient het te kwalificeren als uitdeling. Met dien verstande dient er dan eenmalige fictieve heffing plaats te vinden. Hiermee wordt er voldaan aan het voorkomen van belastingafstel.

5.3 Conclusie

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de vraag: *Welke alternatieven kunnen er voor het wetsvoorstel worden aanbevolen?* Hiervoor zijn wetenschappelijke artikelen, actuele ontwikkelingen en opinies van gezaghebbende fiscalisten onderzocht.

Concluderend voorziet de 'kwalificatie van leningen-maatregel' van overkill, vervult het alle beoogde doelstellingen en is het in lijn met het huidige stelsel. Daarnaast past deze regeling binnen het systeem van box 2. Deze alternatief-maatregel die parallellen heeft met de Australische regelgeving krijgt de voorkeur boven de 'loan-to-value'-maatregel. Het laatste schiet te kort in twee doelstellingen namelijk, het voorkomen van belastinguitstel en het verlichten van uitvoeringslasten. Deze maatregel voorkomt echter wel weer belastingafstel.

Het voordeel van de 'kwalificatie van leningen-maatregel' ten opzichte van het andere alternatief is dat het te allen tijde duidelijk is wanneer er een vermogensverschuiving plaatsvindt. Dit wordt verwezenlijkt doordat er voorwaarden worden gesteld aan de zakelijkheid van de geldverstrekking. Bij een eventueel geschil is het aan de belastingplichtige om de zakelijkheid van de lening te bewijzen. Aangezien deze voorwaarden objectief zijn vastgesteld zal dit ook ten goede komen van de rechtszekerheid. Dit voordeel zal dan ook langdurige discussies tussen belastingplichtige en Belastingdienst aanzienlijk verminderen.

²³² Bij het voorgestelde RC-maatregel hebben de AB-houders ook 5 jaar de tijd om te kunnen anticiperen.

HOOFDSTUK 6: Conclusie en aanbeveling

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal er aan de hand van de opgestelde deelvragen de conclusie en de aanbeveling van dit onderzoek worden gepresenteerd.

6.2 Conclusie

In dit onderzoek is gezocht naar een antwoord op de vraag: *Hoe verhoudt het wetsvoorstel 'Excessief lenen bij eigen vennootschap' zich tot de huidige behandeling van leningen in de relatie DGA-vennootschap, welke knelpunten bevat de voorgestelde wet en wat zijn de mogelijke oplossingen (alternatieven) voor deze knelpunten?*

Uit de resultaten is gebleken dat Belastingdienst met de huidige bestrijdingsmiddelen belastinguitafstel kan voorkomen. In de praktijk leidt de herkwalificatie van het verstrekte kapitaal echter tot subjectieve, complexe en arbeidsintensieve discussies. In de meeste gevallen beschikt de inspecteur slechts over indirect bewijs, waaruit moet blijken dat contractpartijen onzakelijk met elkaar hebben willen handelen. Daarnaast zorgt de ontoereikende uitvoerings- en toezichtscapaciteit bij de Belastingdienst ervoor dat de inspecteur niet tijdig binnen de navorderingstermijn kan slagen in de bewijslast. Met als gevolg dat er belastingafstel kan plaatsvinden.

Vandaar wil de wetgever een eenvoudiger bestrijdingsmiddel invoeren met als doel het voorkomen van belastinguit- en afstel en het verlichten van uitvoeringslasten. Het huidige stelsel zal onverkort tot het maximumbedrag rechtsgeldig blijven. Hieruit volgt dat er tussen het huidige stelsel en de nieuwe maatregel samenloop kan ontstaan. Bij samenloop heeft het huidige stelsel de voorkeur. De vraag die dan rijst is of het wetsvoorstel wel nodig is aangezien 97% van de AB-houders alsnog binnen het bereik van het huidige stelsel vallen. De zakelijkheid van de leningen onder het maximumbedrag dienen dus aan de hand van de huidige jurisprudentie worden beoordeeld. Hieruit volgt dat invoering van deze methode niet leidt tot verlichten van uitvoeringslasten

Daarnaast wijkt het wetsvoorstel af van het Unilever-arrest en het leerstuk van onzakelijke leningen.²³³ Het grootste knelpunt hiervan is dat de leningen ongeacht de zakelijkheid ervan boven het maximumbedrag fictief worden belast. Hieruit volgt dat het huidige stelsel dan ook aan de kant wordt geschoven. Dit zorgt voor bovenmatige overkill, aangezien er geen maatwerk meer wordt geleverd. Vanuit de wetgever bezien is dit in samenhang met de ontoereikende uitvoerings- en toezichtscapaciteit begrijpelijk. Vandaar dat het Wetsvoorstel een robuuste vormgeving kent en eenvoudig uitvoerbaar is. Alhoewel dit zijn doel op sommige vlakken voorbij schiet en voor overkill zorgt worden de doelstellingen wel in zekere mate behaald.

De bovenmatige overkill in het wetsvoorstel komt omdat er een tegenbewijsmogelijkheid voor zakelijke leningen ontbreekt. Om dit probleem en andere bestaande te ontnemen is er gezocht naar andere alternatief . Na afweging van verschillende alternatieven is een systeem gebaseerd op Australische methode het meest geschikte alternatief. Hierin voldoet de belastingplichtige aan het dubbele bewustheids criterium, de terugbetalingsverplichting, het aflossingsschema, de rentevergoeding en aan de zekerheidstelling door te voldoen aan de gestelde objectieve voorwaarden. Omdat de looptijd van een lening verbonden is aan termijnen wordt belastinguitstel voorkomen. In tegenstelling tot het wetsvoorstel en het huidige stelsel worden bij de voorgedragen methode de uitvoeringslasten verminderd omdat de manier van werken wordt aangepast. De inspecteur heeft door omkering van de bewijslast een betere bewijspositie. Doordat de leningen die niet voldoen aan de objectieve voorwaarden en gelijk als uitdeling worden gekwalificeerd, worden de problemen rondom navorderingstermijn verholpen. Hierdoor is er geen mogelijkheid tot afstel. Er dient echter wel een

²³³ HR, 27 januari 1988

overgangsregeling te komen voor de bestaande leningen. Alles overziend is dit stelsel beter in lijn met het huidige stelsel dan het wetsvoorstel, het voldoet aan alle doelstellingen en bevat geen overkill.

6.2 Aanbeveling

Tot slot kunnen er enkele aanbevelingen gedaan worden. Zo blijkt uit het onderzoek dat het huidige stelsel aangepast moet worden, om belastinguitstel en arbeidsintensieve discussies te kunnen voorkomen. De navorderingstermijn kan voor afstel zorgen en vormt dan ook een groot probleem. In beginsel worden deze problemen door het wetsvoorstel aangepakt, echter leidt het ook tot andere knelpunten. In het bijzonder kent het wetsvoorstel overkill in het soort schulden, omdat zowel consumptieve schulden als ook zakelijke schulden fictief worden belast. Het valt aan te bevelen om de 'Kwalificatie van leningen' in te voeren. Hierbij wordt wel onderscheid gemaakt tussen het soort leningen en wordt de grootste kritiek vanuit de literatuur verholpen. Het belastinguitstel wordt aangepakt door de aflossingsverplichting en als gevolg hiervan zullen ook de excessieve consumptieve schulden afnemen. Bovendien zullen de uitvoeringsproblemen worden verholpen, omdat het systeem gebaseerd is op objectieve voorwaarden. Zodoende kan de navorderingstermijn niet verstrijken, omdat bij het niet voldoen aan de terugbetalingsverplichting of de rente de inspecteur tijdig kan ingrijpen. Hiermee zullen de discussies sterk afnemen.

Ook verdient het de aanbeveling om het maximumbedrag bij dit stelsel vast te stellen en te verlagen, zodat meer dan 3% van alle AB-houders met schulden binnen de reikwijdte van de regeling vallen. Hierdoor kunnen meer gevallen aan de hand van objectieve voorwaarden behandeld zullen worden en zullen de uitvoeringslasten in het huidige stelsel gedeeltelijk worden verholpen. Hiermee zal de maatregel een preventieve werking hebben, waardoor onbelast beschikken over liquide middelen structureel sneller aangepakt kan worden.

Tot slot dient er bij dit alternatiefstelsel een overgangsmaatregel getroffen te worden voor bestaande schulden zodat AB-houders binnen 5 jaar hun schulden onder het nog vast te stellen maximumbedrag kunnen brengen.

Literatuurlijst

Boeken

- **Asser/Sieburgh 2017**
C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers, 'Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Deventer: Wolters Kluwer 2017
- **Asser/Sieburgh 2018**
C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers, 'Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III.' Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018
- **Albert 1995**
P.G.H. Albert, 'Winstgemis', Den Haag: Sdu Uitgevers 1995
- **Bouwman, Fiscale geschriften**
J.N. Bouwman, 'Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding', Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002
- **Cursus belastingrecht IB**
D.A. Albregtse, A.J.M. Arends e.a., 'Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting 2020/2021', Wolters Kluwer Nederland B.V. 2020.
- **Cursus belastingrecht VPB**
G.C. van der Burgt, F.J. Elswelier e.a., 'Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting 2019/2020', Wolters Kluwer Nederland B.V. 2019.
- **Ligthart, WFR 2017/154**
N. Ligthart, "Kunnen' en 'willen' verschillen!", WFR 2017/154, afl. 7201
- **F. Elswelier 2018**
F. Elswelier, '*Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen*', Deventer: Wolter Kluwer, 2018
- **IJzermans en Van Schaaijk 2013**
M.G. IJzermans en G.A.F.M. van Schaaijk, 'Oefening baart kunst', Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013

Artikelen

- **Albert, TFO 2014/134.1**
P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', TFO 2014/134.1.
- **Vakstudie Nieuws, V-N 2021/8.3**
Vakstudie Nieuws, 'Nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel Wet excessief lenen naar Tweede Kamer', 9 februari 2021, V-N 2021/8
- **Vakstudie Nieuws, V-N 2019/16.5**
Vakstudie Nieuws, 4 maart 2019 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap', V-N 2019/16.5

- **Haberham, FM, nr. 65**
A.M. Haberman 'Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders',
Fiscale monografieën nr. 65

- **Bobeldijk, van der Velden en Schakenraad, MBB 2018/4/2**
A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden & L.A. Schakenraad, 'De onzakelijke lening anno 2018
(deel I)', MBB 2018/4/2,

- **Buytendijk en Smit, WFR 2005/1334**
S.R.H. Buytendijk en D.S. Smit 'Kwalificatie van geldverstrekkingen (in het bijzonder binnen
de kapitaalsbelasting): enige beschouwingen naar aanleiding van Hof 's-Gravenhage 1 maart
2005', WFR 2005/1334

- **Boltjes en Elswelier, Onzakelijke lening (FM nr. 163) 2021/18**
R. Boltjes en F.Elsweier, 'onzakelijke lening (FM nr.163) 2021/18, 'Hoofdstuk 18 Samenvatting van de bevindingen'
- **Boer en Heithuis, WFR 2020/170**
J.P. Boer, E.J.W. Heithuis, 'De nationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen van de eigen vennootschap', WFR 2020/170.
- **Egelie, NTFR 2008/2375**
W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', NTFR 2008/2375
- **Elsweier, WFR 2020/114**
F. Elswelier 'De onzakelijke lening in het licht van de coronacrisis', WFR 2020/114
- **Van Brummen & Tydeman-Yousef, WFR 2019/59**
M.F. van Brummen en M. Tydeman-Yousef, 'Consultatievoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap – Nut en noodzaak van de maatregel', WFR 2019/59.
- **Meijer, WFR 2015/918**
H.J. Meijer 'Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders', WFR 2015/918
- **Meijer, WFR 2018/170**
H.J. Meijer 'Nogmaals wegstrepen aandeelhoudersschulden', WFR 2018/170
- **Albert, NTFR 2015/9**
P.G.H. Albert 'Onzakelijke verarming: onttrekking of ook winstuitdeling?', NTFR Beschouwingen 2015/9
- **Herreveld, Het register april 2016**
F.R. Herreveld 'Wegstrepen DGA-schuld: een doos van Pandora', Het Register: vakblad van het Register van belastingadviseurs, april 2016
- **Heithuis, WFR 2020/13**
E.J.W. Heithuis, "'Kinderregeling" in conceptwetsvoorstel "excessief lenen bij eigen vennootschap" moet beter', Weekblad Fiscaal Recht 2020/13
- **Heithuis, NTFR 2013/1395**
E.J.W. Heithuis, 'Van Dijkhuizen en de dga', NTFR 2013/1395
- **Heithuis, WFR**
E.J.W. Heithuis, 'Belastingheffing over inkomsten uit vermogen', WFR
- **Heithuis, NTFR 2019/2020**
E.J.W. Heithuis, 'Excessief heffen (!) bij lenen van de eigen bv', NTFR 2019/1020
- **Boer en Heithuis, WFR 2020/175**
J.P. Boer en E.J.W. Heithuis, 'De internationale aspecten van de voorgestelde Wet excessief lenen bij eigen vennootschap', WFR 2020/175
- **L. Stevens, FD 2019**

L.G.M. Stevens, 'Belastingheffing over leningen bij de eigen bv zou contraproductief zijn', FD, 2019

- **Wijtvliet, FED 2019/80**

L.W.D. Wijtvliet, 'Wie zijn schulden betaalt, verarmt niet.' Gedachten over de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, FED 2019/8011

- **Van Es, WFR 2013/971**

J.A.G. van Es, 'Forfaitair rendement voor de ab-houder?', WFR 2013/971

- **Van Strien, FM nr. 119 2006**

J. van Strien, 'Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', (FM nr. 119) 2006/3.3.2.3

- **Essers, WFR**

P.H.J. Essers, 'De foute voorstellen van de commissie Van Dijkhuizen ten aanzien van de IB-ondernemer en de DGA', WFR

- **Boer, WFR 2019/70**

K. Boer, 'Excessief wetsvoorstel lenen bij eigen vennootschap', WFR 2019/70

- **van den Dool, TFO 2017/150.2**

R.P. van den Dool, 'Globaal evenwicht tussen dga en ondernemer', TFO 2017/150.2

- **Hofman en De Vries, WFR 2019/107**

P.W. Hofman en A.C.M. De Vries, 'Rekening-courantmaatregel zet box 2 op z'n kop. Doe het zoals Down-Under', WFR 2019/107.

- **Egelie, NTFR 2008/2375**

W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', NTFR 2008/2375

- **Stevens, WFR 2019/71**

S.A. Stevens, Belastinguitstel en -afstel in box 2: een evaluatie van risico's en mogelijke beleidsalternatieven, Weekblad Fiscaal Recht 2019/71

- **RB, 2019**

Register Belastingadviseurs, Commissie wetsvoorstellen, 'Wet excessief lenen bij eigen vennootschap' ter consultatie voorgelegd conceptwetsvoorstel, 29 maart 2019

- **Reactie FBA Internetconsultatie**

Financial Boardroom Amsterdam, 'Reactie op internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap' ter consultatie voorgelegd conceptvoorstel, 29 maart 2019

Rapporten, besluiten en kamerstukken

- **Aanbiedingsbrief pakket Belastingplan 2019**

Ministerie van Financiën, 'Aanbiedingsbrief pakket Belastingplan 2019'

- **Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – Belasten van aanmerkelijk belang 2020**

Ministerie van Financiën, 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel - Belasten van (inkomen uit) aanmerkelijk belang'

- **Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – Syntheserapport 2020**
Ministerie van Financiën, ‘Bouwstenen voor een beter belastingstelsel – Syntheserapport 2020’
- **Kamerstukken II 2019-2020, 35 496 nr. 2**
‘Voorstel van wet’, Kamerstukken II 2019-2020, 35 496 nr.2
- **Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.3**
‘Nota naar aanleiding van het verslag Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap’, Kamerstukken II 2020/2021, 35 496 nr.3
- **Kamerstukken II 2019/2020, 35 496, nr.4**
‘Advies afdeling advisering Raad van State en nader rapport’, Kamerstukken II 2020/2021, 35 496 nr.4
- **Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7**
‘Nota naar aanleiding van het nader verslag Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap’, Kamerstukken II 2019/2020, 35 496 nr.7
- **Kamerstukken II 2020/2021, 35 496 nr.9**
‘Nota naar aanleiding van het nader verslag Wetsvoorstel excessief lenen bij de eigen vennootschap’, Kamerstukken II 2020/2021, 35 496 nr.9
- **Kamerstuk 2012/2013 33447 nr.2**
‘Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, Naar een activerender belastingstelsel, eindrapport’, Kamerstukken 2012/2013 33447 nr.2
- **Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap 2019**
Ministerie van Financiën, ‘Besluit op Wob-verzoek over Wet excessief lenen bij eigen vennootschap’
Geraadpleegd: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-financien/documenten/wob-verzoeken/2019/12/17/besluit-op-wob-verzoek-over-wet-excessief-lenen-bijeigen-vennootschap>
- **Uitvoeringstoets Wet excessief lenen bij eigen vennootschap**
Ministerie van Financiën, ‘Uitvoeringstoets Wet excessief lenen bij eigen vennootschap’
Geraadpleegd: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/06/17/uitvoeringstoets-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>

Jurisprudentie

- HR, 30 december 1953, nr. 11555 BNB 1954/61
- HR, 3 november 1954, nr.11 928, BNB 1954/375
- BNB 1975/189
- HR, 18 februari 1959, nr.13 763, BNB 1959/124
- HR, 24 juni 1964, nr. 15225, BNB 1964/196
- HR, 9 april 1975, ECLI:NL:HR:1975:AX3973, noot. J. Verburg
- HR, 13 maart 1981, NJ 1981/635
- HR, 4 mei 1983, nr. 21 668, BNB 1983/233s
- HR, 27 januari 1988, nr.23 919, BNB 1988/217,
- HR, 18 maart 1987, nr. 23 711, BNB 1987/245
- HR, 21 oktober 1992, nr. 27 476, BNB 1993/32 BNB 2005/64
- HR, 2 maart 1994, BNB 1994/291 noot E. Aardema
- HR, 15 maart 1995, nr. 30.210, V-N 1999/16.10
- HR, 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005.

- HR, 29 oktober 2004, nr. 40 296, BNB 2005/64
- HR, 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, BNB 2015/141
- HR, 8 september 2006, BNB 2007/104
- HR, 9 mei 2008, BNB 2008/191
- HR, 4 september 2009, NJ 2009/397
- HR, 25 november 2011, nr. 08/05323.
- HR, 1 maart 2013, BNB 2013/148 ECLI:NL:HR:2013:BZ2735
- HR, 14 oktober 2016, BNB 2016/2340
- HR, 3 februari 2017, nr. 15/05832, ECLI:NL:HR:2017:149, V-N 2017/11.9.
- Hof Amsterdam, 17 april 2002, nr. 00/2119, ECLI:NL: GHAS:AE2144, V-N 2002/45.14
- Hof 's-Hertogenbosch, 28 februari 2003, V-N 2003/29.19
- Hof Arnhem-Leeuwarden, 25 februari 2014, ECLI:NL: GHARL:2014:1504, V-N 2014/26.20.5
- Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 februari 2015, ECLI:NL: GHARL:2015:1367, V-N 2015/25.19.24.
- Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 juli 2018, ECLI:NL: GHARL:2018:6154 noot Redactie Vakstudie Nieuws
- Hof Arnhem-Leeuwarden, 7 april 2020, ECLI:NL: GHARL:2020:2879
- Rb. Haarlem, 27 mei 201, ECLI:NL: RBHAA:2011: BQ6508
- Rb. Den Haag, 9 januari 2020, ECLI:NL: RBDHA:2020:1028
- Rb. 's-Gravenhage, 2 maart 2010, ECLI:NL: RBSGR:2010: BL8838

Internetbronnen

- **Banken.nl**
Banken.nl, 'DNB wil naar loan-to-value ratio van 90% voor hypotheek'
Geraadpleegd: <https://www.banken.nl/nieuws/21396/dnb-wil-naar-loan-to-value-ratio-van-90-voor-hypotheek>
- **Internetconsultatie, 2019**
Internetconsultatie, 'Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap'
Geraadpleegd: <https://www.internetconsultatie.nl/bovenmatiglenen>
- **Commissie Wetsvoorstellen NOB commentaar**
NOB, 'NOB-commentaar Wet excessief lenen bij eigen vennootschap'
Geraadpleegd: <https://www.nob.net//nob-commentaar-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap>
- **Brief van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB**
NOB, 'Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs'
Geraadpleegd: <https://www.nob.net//nadere-nob-reactie-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschapanticumulatieregeling>
- **Division 7A van de Income Tax Assessment Act 1936.**
Zie 'Payments and other benefits affected – Loans and other form of credit.'
Geraadpleegd : <https://www.ato.gov.au/Business/Private-company-benefits---Division-7A-dividends/Payments-and-otherbenefits-affected/Loans-and-other-forms-of-credit/>
- **Muller, taxlive.nl**
Taxlive.nl, 'Voorstel excessief lenen bij eigen bv nog altijd onder de maat'
Geraadpleegd: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/voorstel-tegen-excessief-lenen-bij-eigen-bv-nog-altijd-onder-de-maat/>
- **SRA internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap**
SRA, 'Reactie internetconsultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap'

Geraadpleegd: <https://www.sra.nl/~media/srawebsite/documenten/Openbaar/Belangenbehartiging/Consultaties/Reactie-SRA-Internetconsultatie-Wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap-02042019>

- **EJP Consultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap 2019**

EJP, 'Consultatie Wet excessief lenen bij eigen vennootschap'

Geraadpleegd: <https://www.internetconsultatie.nl/bovenmatiglennen/reactie/394340da-5ca6-4d2c-bbc8-d319199336e7>

- **CBS, Prijsstijging koopwoningen loopt verder op**

CBS, 'Prijsstijging koopwoningen loopt verder op'

Geraadpleegd: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/38/prijsstijging-koopwoningen-loopt-verder-op>